ZULÄSSIGKEIT EIGENER ERMITTLUNGSTÄTIGKEIT DES PSYCHIATRISCHEN UND PSYCHOLOGISCHEN SACHVERSTÄNDIGEN IM STRAFPROZESS

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Wilfried Kraft
aus Münden

Göttingen 1974

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534921_0080

ZULÄSSIGKEIT EIGENER ERMITTLUNGSTÄTIGKEIT DES PSYCHIATRISCHEN UND PSYCHOLOGISCHEN SACHVERSTÄNDIGEN IM STRAFPROZESS

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Wilfried Kraft
aus Münden

Göttingen 1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Prof. Dr. Schreiber
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Horn
Tag der mündlicher Prüfung: 8.7.1974

LITERATURVERZEICHNIS

Alsberg - Nüse	Der Beweisantrag im Strafprozeß; 3. Aufl. 1967
Arbab - Zadeh	Des Richters eigene Sachkunde und das Gutachterproblem im Strafprozeß; NJW 70, 1214
Arndt, Adolf	Der Fall Rohrbach als Mahnung; NJW 62, 25
ders.	Mittelbares Zeugnis? (Wahrheitsermittlung und Nachforschung der Presse); NJW 62, 1192
Arzt	Urteilsanmerkung zu BGH JZ 69, 437 in JZ 69, 438
Bauer	Die Aussage des über das Schweigerecht nicht belehrten Beschuldigten; Diss. Göttingen 1972
Baumann	Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1968
Blau	Zur Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit psychologischer Glaubwürdigkeitsgutachten in Jugendschutzsachen; GA 1959, 299
ders.	Der psychologische Sachverständige im Strafprozeß; in Gerichtliche Psychologie, hrsg. von Blau und Müller-Luckmann, 1962, S.34
ders.	Der Strafrechtler und der psychologische Sachverständige; ZStW 78, 153
ders.	Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte. Schuldausspruch und Strafausspruch; ZStW 81, 31
Bockelmann	Strafrichter und psychologischer Sachverständiger; GA 1955, 321
ders.	Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit; ZStW 1963, 372
ders.	Schweigerecht und Schweigepflicht des Arztes; MMW 67, 365
Bremer	Der Sachverständige, 1967
Brengelmann	Psychologische Methodik und Psychiatrie, in: Psychiatrie der Gegenwart, Bd. I/2 1963, S. 169
Bruns	Strafzumessungsrecht, 1967

Cabanis	Richter und Arzt; Festschrift für Heinitz, 1972, S. 638
ders.	Verfahrensrechtliche Behinderung psychiatrischer Sachverständigentätigkeit; MMW 69, 2234
Dahs sen.	Fortschrittliches Strafrecht in rückständigem Strafverfahren; NJW 70, 1705
Dahs jun.	Praktische Probleme des Schuldinterlokuts; GA 1971, 353
Dahs/Wimmer	Unzulässige Untersuchungsmethoden bei Alkoholverdacht; NJW 60, 2217
Dalcke - Fuhrmann - Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl. 1961
Dreher	Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 33. Aufl. 1972
Dünnebier	Zweifelsfragen zu § 81c StPO; GA 1953, 65
Ehrhardt/Villinger	Forensische und administrative Psychiatrie, in: Psychiatrie der Gegenwart, Bd. III, S. 181
Fischinger	Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte; ZStW 81, 49
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931
Frey	Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts; Festschrift für Pfenninger, 1956, S. 41
Friedrichs	Die aussagepsychologische Exploration; in Handbuch der Psychologie, Bd. 11, 1967, S. 3
Geerds	Juristische Probleme des Sachverständigenbeweises; Arch. f. Krim. 1966, 61
Göppinger	Der ärztliche Eingriff in Narkose bei der Begutachtung im Strafprozeß; Der Nervenarzt 1952, S. 246
ders.	Kriminologie. Eine Einführung, 2. Aufl. 1973
ders.	Der Sachverständige: Gutachten und Verfahren, Teil II: Das Verfahren; in: Handb. d. forens. Psychiatrie, Bd. II, 1972, S.1531
Grünwald	Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren; JZ 66, 489

Haddenbrock	Die juristisch-psychiatrische Kompetenzgrenze bei Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit im Lichte der neueren Rechtsprechung; ZStW 1963, 460
ders.	Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit" (Verantwortlichkeit); in: Handb. d. forens. Psychiatrie, 1972, S. 863
Hanack	Die Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht; JZ 71, 168
ders.	Urteilsanmerkung zu BGH JR 66, 424 in JR 66, 426
Händel	Urteilsanmerkung zu BGH NJW 68, 2288 in NJW 69, 555
Heinitz	Urteilsanmerkung zu BGH JR 60, 225 in JR 60, 226
ders.	Grenzen der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen im Strafprozeß; Festschrift für Engisch 1969, S. 693
ders.	Zweiteilung der Hauptverhandlung? in: Sein und Werden im Recht, Festgabe für v. Lübtow, 1970, S. 835
Henkel	Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968
v. Hippel	Der Deutsche Strafprozeß, 1941
Horn	Tatschuld-Interlokut und Strafzumessung, ZStW 85 (1973), S. 7
Hörstel	Wird die Würde des Menschen durch psychologische Untersuchungen im Auftrag der Verwaltung angetastet? DVBl 64, 1009
Hünerfeld	Tagungsbericht, Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1972 in Kiel; ZStW 1973, 438
Janetzke	Die Beweiserhebung über die Glaubwürdigkeit des Zeugen im Strafprozeß; NJW 58, 534
Janssen	Kritische Betrachtungen zur gegenwärtigen Gutachtersituation; Kriminalistik 1970, 434
Jescheck	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil 2. Aufl. 1972
ders.	Die Bedeutung nicht-krankhafter Bewußtseinsstörungen und seelischer Ausnahmezustände für die Zurechnungsfähigkeit aus der Sicht des Juristen; in: Gerichtl. Psychologie, hrsg. v. Blau/Müller-Luckmann, 1962, S. 208
ders.	Der Strafprozeß - Aktuelles und Zeitloses, JZ 70, S. 201

Jessnitzer	Der gerichtliche Sachverständige, 3. Aufl. 1966; u. 4. Aufl. 1973
ders.	Wege zur Vermeidung unzulänglicher Sachverständigengutachten; JVBl 70, 78
Kaiser	Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972
Karpinski	Der Sachverständige im Strafprozeß; NJW 68, 1173
Kern - Roxin	Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 11. Aufl. 1972
Kleinknecht	Strafprozeßordnung, 30. Aufl. 1971
ders.	Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81a StPO; NJW 64, 2181
ders.	Die Beweisverbote im Strafprozeß; NJW 66, 1537
ders.	"Informelles Schuldinterlokut" im Strafprozeß nach geltendem Recht Zur modernen Gestaltung der Hauptverhandlung in: Festschrift für Heinitz 1972, S. 651
Klug	Beweisverbote im Strafprozeß; Referat, in: Verhandlungen des 46. DJT Bd. II, Teil F, S. 30, 1967
Koch	Sachverständige oder Spezialgerichtsbarkeit? JR 56, 369
KMR (Müller - Sax)	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 6. Aufl. 1966
Kohlhaas	Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 1 zu § 85 StPO
ders.	Strafrechtliche Schweigepflicht und prozessuales Schweigerecht; GA 1958, 65
ders.	Die Stellung des ärztlichen Sachverständigen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen; Der med. Sachv. 1960 97
ders.	Die neuen wissenschaftlichen Methoden der Verbrechensaufklärung und der Schutz des Beschuldigten; JR 60, 246
ders.	Änderung des Sachverständigenbeweises im Strafprozeß? NJW 62, 1329

Kohlhaas	Vom ersten Zugriff zum Schlußgehör; NJW 65, 1254
ders.	Beweisverbote im Strafprozeß; DRiz 66, 286
Kohlhaas/Janssen	Belehrung vor der Exploration von Angehörigen der Probanden bei der Erstattung medizinischer Gutachten; in: Zeitschr. f. gerichtl. Med. Bd. 58 (1966), S. 176
Koppe	Der Psychologe im polizeilichen Ermittlungsverfahren, in: Gerichtliche Psychologie, hrsg. von Blau und Müller-Luckmann, 1962, S. 99
Krause, Fr.-W.	"Absolute" Befangenheitsgründe beim Sachverständigen? in: Festschrift für Maurach, 1972, S. 549
Krauß	Die strafrechtliche Problematik kriminologischer Ziele und Methoden, 1971
ders.	Richter und Sachverständiger im Strafverfahren; ZStW 85(1973)S.320
Lange	Das juridisch - forensisch - kriminologische Grenzgebiet, vom Standpunkt des Juristen, in: Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie, Bd. 5, 1961, S. 404
Langelüddeke	Gerichtliche Psychiatrie, 3. Aufl. 1971
Leferenz	Richter und Sachverständiger, in: Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, Heft 5, (1962) S. 1
Leipziger Kommentar zit.: LK	Strafgesetzbuch, begr. von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, 8. Aufl. 1957/58; 9. Aufl. 1972/73
Lenckner	Ärztliches Berufsgeheimnis, in: Arzt und Recht, 1966, S. 183
ders.	Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht; NJW 65, 321
ders.	Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit; in: Handb. d. forens. Psychiatrie, 1972, S. 3
Ligges	Die Stellung des Sachverständigen im deutschen Strafprozeß, Diss. Münster 1963
Löwe - Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Aufl. Bd. I 1971, Bd. II 1971/72
Lürken	Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozeß; NJW 68, 1161

Maase	Die Verletzung der Belehrungspflicht nach §§ 163a Abs. 4, 136 I StPO gelegentlich der Blutentnahme und ihre rechtlichen Folgen, DAR 1966, 44
Maisch	Methodische Aspekte psychologisch-psychiatrischer Täterbegutachtung - Zur Rolle des Sachverständigen im Strafprozeß, MonKrim 73 189
Maurach	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971; Besonderer Teil, 5. Aufl. 1969
Mayer, H.	Der Sachverständige im Strafprozeß, in: Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 455
Messmer	Besteht eine Belehrungspflicht des Arztes bei Befragungen und Testungen gelegentlich der Blutabnahme?; DAR 66, 153
Mezger	Der § 51 StGB und der Strafrichter, in: Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, Heft 1 (1953), S. 71
Mittelbach	Urteilsanmerkung zu OLG München MDR 56, 565 in MDR 56, 565
Müller-Luckmann	Über die Glaubwürdigkeit kindlicher und jugendlicher Zeugen bei Sexualdelikten, 1959
dies.	Die psychologische Begutachtung der Glaubwürdigkeit insbesondere in Jugendschutzsachen, in: Gerichtliche Psychologie, hrsg. von Blau und Müller-Luckmann, 1962, S. 130
Nüse	Zu den Beweisverboten im Strafprozeß; JR 66, 281
v. Olshausen	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl. 1927
Oehler	Der Sachverständige als Richter, in: Beiträge zur gerichtlichen Medizin Bd. XXIX, 1972, S. 33
Panhuysen	Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit, 1964
Peters	Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1966
ders.	Der Strafprozeß in der Fortentwicklung, 1970

Peters	Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, in: Verhdlg. d. 46. DJT, Bd. I Teil III A, S. 91
ders.	Untersuchungen zum Fehlurteil im Strafprozeß, 1967
ders.	Die prozeßrechtliche Stellung des psychologischen Sachverständigen, in: Handbuch der Psychologie, Bd. 11, 1967, S. 768
ders.	Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. I 1970, Bd. II 1972
ders.	Urteilsanmerkung zu BGH JR 69, 231 in JR 69, 232
ders.	Urteilsanmerkung zu BGH JR 70, 67 (BGHSt 23, 1) in JR 70, 67
Pieper	Richter und Sachverständiger im Zivilprozeß; ZZP 71, 1
Redelberger	Psychologische Gutachten in Sittlichkeitsprozessen; NJW 65, 1990
Roesen	Der psychologische Sachverständige im Sittlichkeitsprozeß; NJW 64, 442
Römer	Das Schuldinterlokut; GA 1969, 333
Rossmanith	Die Verfassungsmäßigkeit von körperlichen Eingriffen nach § 81a StPO, Diss. Würzburg 1969
Sarstedt	Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl. 1962
ders.	Der Strafrechtler und der psychiatrische Sachverständige; Die Justiz 1962, 110
ders.	Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozeß (§§ 73, 78 StPO); NJW 68, 177
ders.	Der forensische Beweiswert ärztlicher Befunde und naturwissenschaftlicher Untersuchungsmethoden, in: Beitr. zur ger. Med. Bd. XXV, 1969, S. 14
Eb. Schmidt	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I 2. Aufl. 1964, Teil II 1957, Nachtragsband 1 zu Teil II 1967

Eb. Schmidt/K. Schneider	Zur Frage der Eunarkon-Versuche in der gerichtlichen Praxis; SJZ 49, 450
Eb. Schmidt	Urteilsanmerkung zu BGH JR 56, 58 in JR 56, 59
ders.	Urteilsanmerkung zu BGH JZ 57, 227 in JZ 57, 229
ders.	Kritische Bemerkungen zu dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 8.12.1958, betreffend das Untersuchungsverweigerungsrecht nach § 81c StPO; JR 59, 369
ders.	Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten; DRiZ 59, 16
ders.	Gehört der Sachverständige auf die Richterbank? JZ 61, 585
ders.	Richter und Sachverständiger in ihrem Zusammenwirken bei kriminologischen Problemen, in: Festschrift für K. Schneider, 1962, S. 258
ders.	Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen; NJW 62, 664
ders.	Zur Frage nach der Notwendigkeit von Veränderungen der Hauptverhandlungsstruktur; MDR 67, 877
ders.	Der Strafprozeß - Aktuelles und Zeitloses; NJW 69, S. 1137
ders.	Ärztliche Mitwirkung bei Untersuchungen und Eingriffen nach §§ 81a und 81c StPO; MDR 70, 461
ders.	Strafprozeß und Rechtsstaat, Strafprozeßrechtliche Aufsätze und Vorträge (1952 - 1969), 1970
K. Schneider	Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 4. Aufl. 1961
Schnetz	Das Kind als klassischer Zeuge bei Sexualdelikten, 1961
Schönke - Schröder	Strafgesetzbuch, 16. Aufl. 1972
Schröder	Referat zum 43. DJT in: Verhandlg. des 43. DJT Bd. II Teil E S.110, 1960
Schroeder, Fr.-Chr.	Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Strafprozeßrecht, 1969

Schünemann	Die Belehrungspflichten der §§ 243 IV, 136 n.F. StPO und der BGH; MDR 69, 101
Schuster	Das Gutachten über die Glaubwürdigkeit von Zeugen im Strafprozeß, Diss. München 1966
Schwalm	Schuld und Schuldfähigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetze vom 25.6. und 4.7.1969; des Grundgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; JZ 70, 487
Seibert	Beweisanträge (Zeugen und Sachverständige) im Strafverfahren; NJW 62, 125
Spendel	Beweisverbote im Strafprozeß; NJW 66, 1102
Stransky	Der psychiatrische Sachverständige im Verfahren und in der Hauptverhandlung: Aufgaben, Ziele und Grenzen; Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5, 1962, S.12
Stutte	Heranziehung von Sachverständigen bei der Erstvernehmung von Straftätern; MSchrKrim 1972, 186
Thomae/Schmidt	Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, in: Handb. der Psychologie, Bd. 11, 1967, S. 326
Tröndle	Der Sachverständigenbeweis; JZ 69, 374
ders.	Die Aufgaben des Gerichts bei der Anwendung der Strafen; ZStW 81,84
Undeutsch	Die Entwicklung der gerichtspsychologischen Gutachtertätigkeit; 1954
ders.	Aussagepsychologie, in: Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Aufl. 1957, S. 191
ders.	Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen, in: Handb. d. Psychologie Bd. 11, 1967, S. 26
Weimann	Probleme des medizinischen Sachverständigen im Strafprozeß; JR 51, 198
Woesner	Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht; NJW 57, S. 692
Wüst	Richter und psychologischer Sachverständiger im Strafprozeß, Diss. München 1968

GLIEDERUNG

Seite

I Einleitung

1. Problemstellung 1

2. Notwendigkeit zunehmender Heranziehung von Sachverständigen 2

3. Möglicher "Verfolgungseifer" von Sachverständigen 3

II Grundsätzliches zur Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß 4

1. Das Spannungsverhältnis zwischen Richter und Sachverständigem 4

a) Die unterschiedlichen Interessen bei der Vorbereitung des Gutachtens 4

aa) Der Sachverständige 4

bb) Der Richter 5

b) Die Verschiedenartigkeit der Denkweisen von Richter und Sachverständigem 6

2. Der Sachverständige als "Richtergehilfe" 8

a) Die Rechtsprechung des BGH 8

b) Kritik von Peters 9

c) Stellungnahme 9

aa) Die Regelung der StPO 9

bb) Die tatsächliche Stellung des Sachverständigen 11

III Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen 14

A. Zulässigkeit eigener Ermittlungen bei Untersuchungen und Befragungen des Beschuldigten 14

1. Körperliche Untersuchungen und Eingriffe im Rahmen einer Untersuchung nach § 81 StPO 14

a) Keine Zwangsbefugnisse des Sachverständigen 14

b) Geltung des § 136a StPO für den Sachverständigen 14

c) Befugnisse des Sachverständigen im Rahmen des § 81 StPO 15

d) Keine Mitwirkungspflicht des Beschuldigten 19

Seite

2. Befragungen des Beschuldigten 20

a) Belehrungspflicht des Sachverständigen analog § 136 StPO 20

b) Der ärztliche Sachverständige und die Schweigepflicht des Arztes, § 300 StGB 24

c) Zulässigkeit eigener Vernehmungen, § 80 I und II StPO 30

aa) Die Ansicht von Weimann 31

bb) Die Meinung des BGH und anderer 32

cc) Eigene Stellungnahme 33

B. Zulässigkeit eigener Ermittlungen in Form von Zeugenbefragungen und Einholung von Schriftstücken 38

1. Problemstellung 38

a) Die weitverbreitete Praxis 38

b) Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip 39

c) Umgehung der Belehrungspflichten 40

d) Verletzung der strengen Regeln der Beweisaufnahme 41

2. Lösungsmöglichkeiten 42

a) Die herrschende Meinung 42

aa) Die Rechtsprechung des BGH 43

bb) Stimmen in der Literatur 43

b) Stellungnahme und eigener Lösungsvorschlag 46

C. Das Problem des kriminalistischen Verfolgungseifers von Sachverständigen 54

1. Darstellung des Problems an Hand der Fälle Rohrbach und Hetzel 54

2. Lösung 55

a) Ausschließung des im Vorverfahren tätig gewordenen Sachverständigen als gerichtlicher Sachverständiger 55

b) Zusammenwirken von StA und Verteidigung 58

c) Akteneinsichtsrecht des Sachverständigen 59

d) Leitung des Sachverständigen, § 78 StPO 60

e) Ergebnis 61

Seite

D. Rechtliche Wertungen des Sachverständigen im Rahmen des § 51 StGB (§§ 20, 21 StGB n.F.) 62

1. Darstellung der gegenwärtigen Praxis 62

2. Die gesetzliche Regelung des § 51 (§§ 20, 21 StGB n.F.) 62

3. Mitwirkung des Sachverständigen bei der Ermittlung der einzelnen Merkmale des § 51 63

a) Die biologischen Merkmale 63

b) Die psychologischen Merkmale 64

aa) Die Ansicht von Eb. Schmidt 64

bb) Die Ansicht von Alsberg - Nüse 64

cc) Die Rechtsprechung des BGH 65

4. Stellungnahme und Ergebnis 66

E. Grenzen der Sachverständigentätigkeit bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen 70

1. Entwicklung der Glaubwürdigkeitsuntersuchungen 70

2. Probleme 71

a) Belehrungspflicht des § 52 II 1 StPO 71

b) Allgemeine Belehrungspflicht 72

3. Kurze Darstellung der verschiedenen Tests 74

a) Fragebogen 74

b) Projektive Verfahren 75

c) Die Exploration 75

4. Untersuchung der Verfahren auf ihre Vereinbarkeit mit §§ 80, 136a StPO, Art. 1 GG 76

a) Fragebogen 76

b) Projektive Verfahren 76

c) Die Exploration 77

aa) Vereinbarkeit mit § 80 StPO 77

bb) § 136a StPO 82

cc) Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung und freie Beweiswürdigung des Gerichts 83

dd) Ergebnis 85

ee) Regelung der Glaubwürdigkeitsuntersuchungen de lege ferenda 87

Seite

5. Zulässigkeit einer Glaubwürdigkeitsuntersuchung in Anwesenheit des Richters bei Weigerung des Zeugen 88

a) Rechtsprechung des BGH 88

b) Die Meinung von Eb. Schmidt und anderen 90

c) Die Lösung von Panhuysen 91

d) Stellungnahme 92

F. Lösungsmöglichkeiten des Problems der eigenen Ermittlungstätigkeiten de lege ferenda 94

1. Berufung des Sachverständigen auf die Richterbank? 94

a) Der Vorschlag Schröders 94

b) Bedenken 95

aa) "Terrainverlust" der Juristen 95

bb) Prinzip des gesetzlichen Richters 95

cc) Verschiedene "Schulen" in der Psychologie und Psychiatrie 97

dd) Ergebnis 97

2. Einführung eines Schuldinterlokutes 99

a) Gründe für die Einführung eines Schuldinterlokuts 99

b) Vorteile bei der Lösung des Problems der eigenen Ermittlungstätigkeiten 101

aa) Untersuchung der Zurechnungsfähigkeit im zweiten Verfahrensabschnitt 102

bb) Flexiblere Handhabung des Beweisrechts 104

cc) Keine Umbesetzung der Richterbank 107

c) Ergebnis 108

3. Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes kindlicher Zeugen bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen de lege ferenda 109

a) Der Vorschlag von Krauß 109

b) Stellungnahme 109

Seite

IV. Einführung der vom Sachverständigen ermittelten Tatsachen in die Hauptverhandlung und Folgen eigener Ermittlungstätigkeiten 111

1. Einführung der zulässig ermittelten Tatsachen in die Hauptverhandlung 111

a) Die Befundtatsachen 111

b) Die Zusatztatsachen 112

c) Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen 113

2. Verwertungsverbot für unter Verstoß gegen § 300 StGB gemachte Aussagen des Sachverständigen 116

a) Kein Anspruch des Angeklagten auf Zeugnisverweigerung des Sachverständigen 116

b) Verwertungsverbot 117

3. Verwertungsverbote bei fehlender Belehrung nach § 81c StPO 120

a) Fehlen der Belehrung im Fall des § 81c I 2 120

b) Fehlende Belehrung über das allgemeine Weigerungsrecht auch des Nicht-Angehörigen 123

4. Verwertungsverbot bei unterlassener Belehrung nach § 136 124

a) Verwertung der Aussage im Gutachten 124

b) Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen 127

5. Fehlen der Belehrung durch den Sachverständigen über dessen prozessuale Stellung 128

6. Folgen unzulässiger eigener Ermittlungstätigkeit 130

a) Verwertung von eigenmächtig eingeholten Schriftstücken 130

b) Verwertung nicht angeordneter Untersuchungen 131

c) Unzulässige "Vernehmungen" durch den Sachverständigen 133

aa) Unzulässige "vorbereitende Befragung" 133

bb) Unzulässige "Vernehmung" 133

7. Darf der mit Erfolg abgelehnte Sachverständige noch als Zeuge gehört werden? 135

a) Die Ansicht des BGH 135

b) Die Meinung Sarstedts 136

Seite

8. Verwertbarkeit der Aussage eines richterlich belehrten Zeugen gegenüber einem Sachverständigen, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert 139

a) Darstellung der Rechtsprechung des BGH 139

b) Kritik 141

aa) Verwertbarkeit von Zusatztatsachen 142

bb) Befundtatsachen 143

cc) Folgen eines Widerrufs der Zustimmung gem. § 81c I 2 StPO 146

V. Zusammenfassung und Schlußbetrachtung 147

1. Zusammenfassung der Ergebnisse 147

2. Schlußbetrachtung 149

I. Einleitung

1) Zwar gibt es gerade zum Recht des Sachverständigen umfangreiche Literatur und Rechtsprechung [1], doch bietet die Tätigkeit des Sachverständigen im Strafverfahren immer wieder Anlaß zu Streitfragen. Dabei geht es vor allem um das Verhältnis des Sachverständigen zu den Zeugen und Beschuldigten, die er zu untersuchen und zu begutachten hat, aber auch das Verhältnis des Sachverständigen zum Richter ist rechtlich noch nicht hinreichend geklärt.

Immer häufiger ist das Gutachten des Sachverständigen von entscheidender Bedeutung für den Ausgang eines Strafverfahrens. Es läßt sich ohne Übertreibung feststellen, daß heute in vielen Fällen praktisch nicht mehr das Gericht, sondern der Sachverständige durch sein Gutachten den Prozeß entscheidet. Die Spezialisierung der Wissenschaften hat es mit sich gebracht, daß der Richter in immer mehr Fällen auf die Hilfe eines Sachverständigen bei der Sachverhalts- und Wahrheitsermittlung angewiesen ist. Er ist zudem oft nicht in der Lage, das Sachverständigengutachten kritisch zu würdigen und sich mit ihm auseinanderzusetzen; nur zu oft muß er sich mangels eigener Sachkunde dem Gutachten anschließen, um nicht zu sagen "unterwerfen". Diese faktische, sich aus der überlegenen Sachkenntnis ergebende Überlegenheit des Sachverständigen gegenüber dem Richter läßt es erforderlich erscheinen, die Rechte und Aufgaben des Sachverständigen im Strafverfahren, vor allem aber die Grenzen der Zulässigkeit gutachterlicher Tätigkeit zu untersuchen.

---

1) Vgl. die Literaturangaben bei Löwe - Rosenberg Vorbem. 1 vor § 72

Während die Strafprozeßordnung die Rechte des Richters gegenüber Zeugen und Beschuldigten durch zahlreiche Bestimmungen genau festlegt, ist das Verhältnis des Sachverständigen zu den von ihm zu untersuchenden und zu begutachtenden Personen lediglich in den Vorschriften der §§ 80 und 81 - 81 d StPO geregelt. Dem Verhältnis des Sachverständigen zu dem Gericht, das ihn mit dem Gutachten beauftragt hat, widmet die Strafprozeßordnung im wesentlichen nur die Bestimmungen der §§ 73 und 78. Aus dieser knappen Behandlung des Rechtes des Sachverständigen durch das Gesetz [1] läßt sich schon ersehen, daß hier Zweifelsfragen auftauchen müssen, die einer Klärung bedürfen.-

2) Auch aus einem anderen Grund ist es notwendig, die rechtlichen Schranken der Sachverständigentätigkeit ~~einmal~~ aufzuzeigen. Schon vor einigen Jahren ist auf die Gefahr einer "Psychologisierung des Strafverfahrens" hingewiesen worden [2]. Man wollte das immer stärkere und vom Bundesgerichtshof [3] geforderte Eindringen von Psychologen und Psychiatern in den Strafprozeß eindämmen.

Der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches wird aber noch in verstärktem Maße die Hinzuziehung von psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen im Strafverfahren notwendig machen. Die Hinwendung vom Tatstrafrecht zum Täterstrafrecht, die damit verbundene Ausrichtung des Verfahrens auf die Resozialisierung des Täters und die daran orientierte Auswahl der richtigen Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung durch genaue Persönlichkeitserforschung des Täters werden in vielen Fällen die Hilfe von Sachverständigen erfordern. Die Auswahl der richtigen Strafe oder Maßregel verlangt eine umfassende Persönlichkeits-

---

1) Der Abschnitt der StPO über Sachverständige und Augenschein wird mit Recht als verunglückt bezeichnet; vgl. Lange, Handbuch der Neurosenlehre S. 412; Eb. Schmidt Lehrk. Teil II S. 171; v. Hippel, Strafprozeß S. 410

2) Bockelmann GA 1955, 335; Leferenz, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5, S. 9

3) vgl. BGHSt 7, 82, wo der BGH bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Kinderaussagen fast ausnahmslos die Hinzuziehung eines Sachverständigen gefordert hat.

diagnose, die Strafaussetzung zur Bewährung ist schon nach geltendem Recht von einer Zukunftsprognose über das zu erwartende Verhalten des Täters abhängig. In größerem Umfang als bisher werden neben Psychologen und Psychiatern auch Sozialpädagogen und Sexualwissenschaftler als Sachverständige herangezogen werden müssen.

3) Zu denken ist auch an die Fälle, in denen übereifrige Sachverständige sich in einer Art kriminalistischen Jagd- oder Verfolgungseifers maßgeblich an der vermeintlichen Überführung des Angeklagten beteiligt haben, wobei sie zum Schaden der Rechtsstaatlichkeit - aber auch des Ansehens ihres eigenen Berufsstandes - weit über ihre eigentlichen Aufgaben als Sachverständige hinausgingen [1]. Angesichts dieser Fälle erscheint es wegen der zunehmenden Notwendigkeit der Hinzuziehung von Sachverständigen und des steigenden Einflusses des Sachverständigen auf die gerichtliche Entscheidung dringend erforderlich, die Kompetenzen insbesondere des psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren klarer abzustecken. Dabei soll vor allem die Zulässigkeit eigener und daher vom Gericht relativ schwer kontrollierbarer Ermittlungstätigkeit und deren Grenzen untersucht werden.

---

1) Vgl. als Beispiel die Darstellung des Rohrbach-Falles bei Ligges, Diss. Münster 1963, S. 153 ff und bei Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 1, Fall Nr. 1000.

II Grundsätzliches zur Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß

Zunächst soll die rechtliche und tatsächliche Stellung des Sachverständigen im Strafverfahren geklärt werden. Denn daraus werden sich Konsequenzen für die Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeiten und die Grenzen erlaubter Sachverständigentätigkeit ergeben.

1) Das Spannungsverhältnis zwischen Richter und Sachverständigem

a) Die unterschiedlichen Interessen bei der Vorbereitung des Gutachtens

aa) Bei der Vorbereitung des Gutachtens ist das Verhältnis des Sachverständigen zum Richter durch unterschiedliche Interessen gekennzeichnet. Der Sachverständige hat ein Interesse an möglichst umfassender Unterrichtung über den zu untersuchenden Beschuldigten oder Zeugen und über das bisher ermittelte oder vermutete Tatgeschehen, um sein Gutachten vorbereiten zu können. Er benötigt möglichst viele sog. "Anknüpfungstatsachen", auf deren Grundlage er sein Gutachten erstellen kann. Als "Anknüpfungstatsachen" bezeichnet man die Tatsachen, die dem Sachverständigen von seinem Auftraggeber (Staatsanwaltschaft, Gericht) mitgeteilt oder zugänglich gemacht werden, um ihm eine Grundlage für die Erstellung des Gutachtens zu geben [1]. Weitere Anknüpfungstatsachen kann der Sachverständige auch selbst beschaffen. Dabei ist jedoch mit der herrschenden Meinung[2] zu unterscheiden:

Als "Befundtatsachen" bezeichnet man die Wahrnehmungen, die der Sachverständige in Verfolg seines gerichtlichen Auftrags durch eigene wissenschaftlich-sachkundige Beobachtung macht, etwa durch psychiatrische Untersuchung oder ärzt-

---

1) Vgl. Kleinknecht Anm. 1B vor § 72; KMR Vorbem. 2 vor § 72; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 78 Anm. 1 und Anm. 4; Eb. Schmidt Lehrk. II Rdn. 9 vor § 72.

2) BGHSt 9, 292; 13, 1; 13, 250; 18, 107; 22, 268; Kleinknecht Anm. 1B vor § 72; KMR Vorbem. 2 vor § 72; Eb. Schmidt Nachtrag 1 Rdn. 15 vor § 72; Kern - Roxin S. 133

lichen Eingriff, §§ 81, 81a StPO. Diese Befundtatsachen kann nur der Sachverständige selbst vermöge seiner Sachkunde ermitteln. Er benötigt dazu in den Fällen der §§ 81, 81a, 81c StPO eine richterliche Anordnung.

Im Gegensatz dazu stehen die "Zusatztatsachen". Dies sind Tatsachen, die der Sachverständige entweder außerhalb seines eigentlichen Gutachterauftrags oder nicht aufgrund seiner Sachkunde feststellt. Bei letzteren handelt es sich meist um Mitteilungen Dritter, die auch die Strafverfolgungsbehörden mit den ihnen zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln, etwa durch Vernehmung, hätten feststellen können. Ob der Sachverständige diese Tatsachen selbst ermitteln darf oder sie von den zuständigen Strafverfolgungsbehörden ermitteln lassen muß, ist umstritten [1]. In der Praxis sind zumindest die Fälle nicht selten, in denen Sachverständige selbständig Zusatztatsachen ermitteln [2].

bb) Auf der anderen Seite hat der Richter ein Interesse daran, das Schwergewicht der Entscheidung in der Hand zu behalten und nicht auf den Sachverständigen zu verlagern. Denn die Verantwortung für die Entscheidung trägt allein der Richter. Er hat gem. § 261 StPO die Beweiswürdigung vorzunehmen. Der Richter ist verpflichtet, darauf zu achten, daß sich der Sachverständige bei seiner Tätigkeit im Rahmen seines Auftrags hält und keine Ermittlungsaufgaben wahrnimmt. So bestimmt § 78 StPO, daß der Richter die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten hat, soweit ihm dies erforderlich scheint. Der Sachverständige wird zumeist die strengen Regeln der Beweisaufnahme und die verschiedenen, zum Teil rechtlich noch nicht geklärten Beweisverbote nicht kennen, so daß auch von daher eine Beschränkung oder Kontrolle notwendig werden kann. Auch wird der Richter dem Sachverständigen nicht alle bisherigen Ermittlungen und Vermutungen mitteilen, um jede Voreingenommenheit des Sachverständigen zu vermeiden.

---

1) Darauf soll später eingegangen werden.

2) Vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 78 Anm. 4 und § 80 Anm. 3a

b) Die Verschiedenartigkeit der Denkweisen von Richter und Sachverständigem

Spannungen zwischen Richter und Sachverständigem resultieren auch aus der Verschiedenartigkeit ihrer Denkweisen [1]. Der Sachverständige als Naturwissenschaftler konzentriert sich auf das "Sein" des Menschen. Er sammelt Erfahrungen durch Beobachtungen und Experimente, er stellt Tatsachen fest. Seine Tätigkeit ist seinsbezogen. Der Richter dagegen stellt zwar auch einen Lebenssachverhalt fest, das Wesentliche seiner Tätigkeit liegt aber in der Bewertung dieses Sachverhalts. Er bewertet ein bestimmtes menschliches Verhalten, indem er es an den Sollensnormen der Rechtsordnung mißt [2]. Seine Tätigkeit ist wertbezogen. Das seinswissenschaftliche Denken und Wissen ist ihm weniger vertraut. Hieraus folgt, daß der Richter nicht immer in vollem Umfang zu erfassen vermag, was der Sachverständige mit seinen Ausführungen wirklich meint [3]. Der Sachverständige, dem es mitunter schwer fällt, sich in die Prinzipien und Notwendigkeiten juristischer Sollensnormen einzudenken, versteht zum Teil die an ihn gestellten Fragen anders, als sie vom Richter gemeint waren. So weiß der psychiatrische oder psychologische Sachverständige oft mit dem Begriff der "Zurechnungsfähigkeit" i.S. des § 51 StGB wenig anzufangen, denn bei den Voraussetzungen des § 51 StGB handelt es sich um Rechtsbegriffe, die mit der psychiatrisch-psychologischen Terminologie nicht übereinstimmen [4]. Für den Richter stellt sich hier das Problem der Abstufung des Grades der jeweiligen Erkrankung (War der Täter deshalb "unfähig, das Unerlaubte seiner Tat einzusehen" oder war diese Fähigkeit zumindest "erheblich vermindert"?), während dieses Problem in der psychiatrischen Praxis nicht auftritt, da es für den Arzt "um die

---

1) Vgl. dazu vor allem Leferenz, Richter und Sachverständiger, in: Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5, S. 1ff; Krauß, Die strafrechtliche Problematik kriminologischer Ziele und Methoden, 1971 und ZStW 73, 339ff; ferner Jessnitzer, Der gerichtl. Sachv. S. 56ff; Erhardt/Villinger in Psychiatrie der Gegenwart Bd. III S. 182

2) vgl. Göppinger, Handb. der forens. Psychiatrie Bd.II S. 1553; Jessnitzer, Der gerichtl. Sachv. S. 56.

3) Leferenz, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5, S.2

4) vgl. Jescheck in: Ger. Psychologie S. 211; Krauß, Die strafr. Problematik... S. 15f; Göppinger, Kriminologie S. 178; Lenckner in Handb. d. forens. Psychiatrie Bd. I S. 101; Sarstedt NJW 68, 181

therapeutische (und nicht um die rechtlich wertende) Konsequenz geht" [1].

Ein weiterer Grund des Mißverstehens und der Spannungen zwischen Richter und Sachverständigem liegt, abgesehen von terminologischen Divergenzen, in ihrer unterschiedlichen Arbeitsrichtung [2]. Für den Sachverständigen ist der Täter Objekt empirischer Feststellung, für den Richter verantwortliches Subjekt [3]. Die Konsequenz dieser verschiedenen Konzeption zeigt sich am Beispiel psychopharmakologischer Versuche, die in der Psychiatrie und Psychologie in zunehmendem Maße an Bedeutung gewinnen [4]. Der Richter wird sie in den meisten Fällen wegen Verstoßes gegen § 136a StPO verwerfen, während der Sachverständige gerade durch sie wichtige Erkenntnisse über die Persönlichkeitsstruktur des Täters zu erhalten hofft [5]. Was sich für den Sachverständigen als medizinisch gebotenes Mittel zur Erforschung etwa einer krankhaften Veranlagung eines Beschuldigten oder zur Feststellung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen darstellt, wird der Richter, der darauf achten muß, daß die Erforschung der Wahrheit auf gesetzlich geordnete, justizförmige Weise stattfindet, möglicherweise wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde des Betroffenen, Art. 1 GG, oder gegen § 136a StPO als unzulässig ablehnen.

Die dargelegten Spannungen zwischen Richter und Sachverständigem werden sich auf dem Boden des geltenden Rechts nie ganz abbauen lassen [6]. So stellt Leferenz [7] mit Recht fest, daß sie auch durch eine (praktisch nicht mögliche) ausbildungsmäßige Vereinigung von Richter und Sachverständigem

---

1) Göppinger a.a.O. Im einzelnen wird die Problematik des § 51 StGB später noch untersucht.

2) Leferenz a.a.O., S. 3 spricht von "ihrer verschiedenen Konzeption vom Menschen".

3) Leferenz a.a.O.

4) vgl. Brengelmann in: Psychiatrie der Gegenwart Bd. I/2 S. 169

5) Brengelmann a.a.O.; Krauß, Die strafr. Problematik... S. 16

6) Leferenz a.a.O. S. 5; Krauß a.a.O. S. 43, 44. Ob mit einer Änderung der Struktur der Hauptverhandlung oder mit der Berufung des Sachverständigen auf die Richterbank etwas gewonnen wäre, soll später noch untersucht werden.

7) a.a.O.

nicht überwunden werden könnten. Der Konflikt würde sich dann eben nur "in derselben Brust" [1] abspielen. Zu fordern ist aber, daß der Richter sich mehr mit den Zielen und Methoden des Sachverständigen und der Sachverständige sich mit der Begriffswelt des Juristen vertraut macht, um zumindest die Verstehensschwierigkeiten zu mildern [2].

2) Der Sachverständige als "Richtergehilfe"

a) Die Stellung des Sachverständigen im Verhältnis zum Richter ist vor allem vom BGH [3] mit der Bezeichnung "Richtergehilfe" umschrieben worden. Der Sachverständige wird als der auf seinem Wissensgebiet sachkundige Gehilfe des Gerichts bezeichnet, mit dessen Hilfe das Gericht Tatsachen feststelle, die nur vermöge besonderer Sachkunde wahrgenommen oder erschöpfend verstanden werden könnten [4]. In anderem Zusammenhang betont der BGH [5] aber, daß der Sachverständige kein Organ der Strafverfolgung sei. Es sei nicht seine Aufgabe, durch seine Tätigkeit unmittelbar zur Klärung der Frage beizutragen, ob der Beschuldigte die ihm vorgeworfene Straftat begangen habe. Vielmehr habe er sich aufgrund seiner Sachkunde nur zu bestimmten Fragen zu äußern und dabei unparteiisch zu verfahren. Ziel seiner Arbeit soll also nicht sein, den Angeklagten zu überführen oder zu entlasten, sondern die sachkundige Klärung einer speziellen Beweisfrage.

Auch gestattet der BGH [6] dem Richter nicht, sich dem Gutachten des Sachverständigen ohne eigene Entscheidung zu unterwerfen. Der Richter sei zu einem eigenen Urteil auch in schwierigen Fachfragen verpflichtet. Er habe die Entscheidung über diese Fragen selbst zu erarbeiten, ihre Begründung selbst zu durchdenken und das Gutachten kritisch zu würdigen. Dabei dürfe er sich vom Sachverständigen lediglich "helfen" lassen [7].

---

1) Leferenz a.a.O.

2) Vgl. Krauß a.a.O.

3) BGHSt 7, 238; 9, 292; 11, 212; ebenso Kleinknecht Anm. 3A vor § 72; Henkel S. 217; Kern - Roxin S. 129

4) BGHSt 9, 293

5) BGHJR 69, 231

6) BGHSt 7, 238; 8, 118

7) BGHSt 8, 118

b) Die Bezeichnung "Richtergehilfe" ist insbesondere von Peters [1] heftig kritisiert worden. Peters hält es für unrichtig und gefährlich, den Sachverständigen im Gegensatz zum Zeugen allein als Richtergehilfen zu bezeichnen. Dadurch werde die Tatsache verdunkelt, daß auch der Sachverständige auf der Beweisebene tätig werde. Die Ansicht des BGH hebe den Sachverständigen prinzipiell aus den Beweismitteln heraus und mache ihn zu einer Art Prozeßsubjekt. Damit rücke der Sachverständige zugleich in die Reihe der Strafverfolgungsorgane. Auch könne das Bild des Richtergehilfen einerseits den Sachverständigen dazu verleiten, einen einseitigen Justizstandpunkt einzunehmen. Zum anderen könne es den Richter dazu verführen, zu sehr die Verantwortung für die Entscheidung auf den Sachverständigen als seinen Gehilfen abzuwälzen.

c) Es fragt sich in der Tat, ob das Bild vom Sachverständigen als dem "Gehilfen" des Richters noch mit der Wirklichkeit übereinstimmt und ob die Strafprozeßordnung nicht auch eine andere Sicht des Sachverständigen zuläßt.

aa) Das Gesetz bestimmt in § 72 StPO, daß der Richter den Sachverständigen auswählt. Ob der Richter überhaupt einen Sachverständigen hinzuzieht, steht in seinem Ermessen und richtet sich nach der gerichtlichen Aufklärungspflicht des § 244 II StPO. Daraus ergibt sich eine gewisse Überlegenheit des Richters, da er bestimmt, ob und welcher Sachverständige überhaupt tätig wird. Daß der Sachverständige dadurch zum "Gehilfen" des Richters wird, kann aber nicht gesagt werden. Gem. § 78 StPO hat der Richter die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten. Dabei handelt es sich jedoch nicht darum, daß der Richter dem Sachverständigen Vorschriften über dessen fachliches Vorgehen macht. Die Leitung muß vielmehr darin bestehen, daß der Richter dem Sachverständigen präzise Fragen stellt [2] und ihm die nötigen Anknüpfungstatsachen vorlegt. Ferner muß er ihn über seine verfahrensrechtliche Stellung

---

1) Lehrb. S. 286; JR 69, 232; Handb. d. Psychologie Bd. 11, S. 770; kritisch auch Eb. Schmidt, Lehrk. II Rdn. 16 vor § 72 und JZ 57, 229; Geerds Arch. Krim. 1966, S. 70. Löwe-Rosenberg (Sarstedt) Anm. 3c vor § 72; Panhuysen, Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit, 1964, S. 28; Maisch, Mon.Krim. 73, 194f.

2) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 78 Anm. 3

aufklären [1]. Auch dadurch wird der Sachverständige aber nicht zum "Gehilfen" des Richters. Die Bezeichnung "Gehilfe" deutet auf eine Abhängigkeit des "Gehilfen" von seinem "Auftraggeber" hin [2], die leicht mißverstanden werden kann und in dieser Form nicht besteht und nicht bestehen darf. Sie ordnet den Sachverständigen in gewisser Beziehung dem "Lager" der Strafverfolgungsorgane zu, in das der Sachverständige als Beweismittel nicht gehört. Auch steht dem die vom Gesetz geforderte Unparteilichkeit des Sachverständigen, § 79 II StPO, entgegen.

Es ist daher sachgerechter und schließt Mißdeutungen aus, wenn man den Sachverständigen lediglich als eines der prozessualen Beweismittel [3] ansieht und bezeichnet, deren sich das Gericht bei der Wahrheitsfindung bedient. Seine Funktion unterscheidet sich von der des Richters dadurch, daß er lediglich zu einer speziellen Beweisfrage Stellung nimmt, während der Richter den gesamten Sachverhalt erforschen und werten muß. Aufgabe des Sachverständigen ist es, dafür Erfahrungsgrundlagen beizutragen und Wahrnehmungen zu machen, die der Richter mangels eigener Sachkunde nicht machen kann. Der Richter sollte dem Rechnung tragen, indem er den Auftrag an den Sachverständigen klar bestimmt und ihm präzise Fragen vorlegt.

Vom Zeugen unterscheidet sich der Sachverständige dadurch, daß er seine Wahrnehmungen, die mit der Tat, dem Täter oder einem Beweismittel zusammenhängen, nur im Auftrag eines Strafverfolgungsorgans (bzw. des Beschuldigten) macht. Der Zeuge macht dagegen seine Beobachtungen im allgemeinen ohne Auftrag eines Strafverfolgungsorgans. Während der Zeuge grundsätzlich nicht auswechselbar ist, ist der Sachverständige stets auswechselbar. Der Sachverständige bekundet außer Wahrnehmungen, die er nur aufgrund seiner besonderen Sachkunde

---

1) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 78 Anm. 2

2) vgl. Jessnitzer a.a.O. S. 54; Arbab - Zadeh NJW 70, 1217; Cabanis, Heinitz - Festschrift S. 645

3) Die Stellung als Beweismittel betonen Peters, Lehrb. S. 286; Jessnitzer a.a.O. S. 55; Krause, Festschrift für Maurach, 1972, S. 550

machen konnte, im Gegensatz zum Zeugen auch Erfahrungssätze, und zieht Schlüsse aus seinen fachkundlichen Wahrnehmungen.

Schwierigkeiten im Rahmen des Sachverständigenbeweises ergeben sich dadurch, daß die Tätigkeit des Sachverständigen einerseits der richterlichen, andererseits der des Zeugen angenähert ist. So wird er im Rahmen der Beweiswürdigung tätig, wenn er gewisse Beweismittel sachkundig würdigt und Schlüsse daraus zieht. Seine Funktion ist hierbei der des Richters angenähert, was sich auch daraus ersehen läßt, daß er wie ein Richter abgelehnt werden kann, § 74 StPO. Der Sachverständige macht aber auch lediglich Wahrnehmungen, die besondere Fachkunde erfordern, ohne die so von ihm wahrgenommenen Tatsachen auch zu bewerten. In diesem Fall ist seine Funktion der eines Zeugen ähnlich. Bei der Lösung der im Rahmen der Tätigkeit des Sachverständigen entstehenden Probleme muß deshalb jeweils untersucht werden, um welche Art der Tätigkeit es sich im Einzelfall handelt, um zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen.

bb) Tatsächlich ist der Sachverständige heute in den meisten Fällen nicht der "Gehilfe" des Gerichts, sondern er entscheidet durch sein Gutachten den Prozeß [1]. So vertritt Leferenz [2] die Ansicht, der Sachverständige dürfe sich gewissermaßen als eine dem Richter gleichberechtigte Instanz ansehen. Dem Richter komme zwar die Souveränität des bewertenden Urteils zu, dem Sachverständigen jedoch die Souveränität des Fachwissens. Dem ist insofern zuzustimmen, als es dem Richter in schwierigen Fällen mangels eigener Sachkunde unmöglich ist, das Gutachten des Sachverständigen selbst zu durchdenken und kritisch zu würdigen. Die Forderung des BGH [3] nach einer eigenen Entscheidung des Richters auch in schwierigen Fachfragen kann daher nur als Idealforderung [4], in einigen Fällen sogar als Utopie, bezeichnet werden. In schwie-

---

1) vgl. Leferenz a.a.O. S. 1; Lenckner in: Handb. d. forens. Psychiatrie S. 147; Maisch, Mon.Krim. 73, 194

2) a.a.O. S. 1

3) BGHSt 7, 238; 8, 118

4) Göppinger, Handb. d. forens. Psychiatrie S. 1539

rigen Fällen muß dem Richter die Möglichkeit gegeben werden, sich ohne eigene "Formulierungsübungen" [1] den Ergebnissen eines Sachverständigen anzuschließen. Die richterliche Prüfung darf sich in diesen Fällen darauf beschränken, ob der Sachverständige ein erprobter und zuverlässiger Vertreter seines Faches ist und ob die dem Gutachten zugrundegelegte Lehre in den maßgeblichen Fachkreisen als richtig und zuverlässig anerkannt ist [2]. Ist das der Fall, darf der Richter in diesem Bereich auf die Sachkunde des Sachverständigen vertrauen. Dabei weist Jessnitzer [3] zutreffend darauf hin, daß in einem solchen Fall die Verpflichtung des Richters umso schwerwiegender sei, einen Sachverständigen auszuwählen, auf dessen Sachkunde und Gewissenhaftigkeit er sich verlassen könne. Auch werde der Richter in Fällen dieser Art sich von Fall zu Fall überlegen müssen, ob er nicht selbst dann weitere Sachverständige hinzuziehen sollte, wenn er keinen begründeten Anlaß habe, die Sachkunde des ersten Gutachters zu bezweifeln.

Die in solchen Fällen dominierende, faktisch prozeßentscheidende Rolle des Sachverständigen darf aber nicht dazu führen, daß man dem Sachverständigen andere, außerhalb seines Fachgebietes liegende Aufgaben zuerkennt. Deshalb ist es z.B. auch nicht, wie Leferenz [4] meint, eine vornehmliche Aufgabe des Gutachters besonders bei Glaubwürdigkeitsfragen in Unzuchtssachen, Menschen, die mit angemessener Wahrscheinlichkeit unschuldig sind, vor der weiteren Durchführung des Prozesses zu bewahren. Aufgabe des Sachverständigen ist es in derlei Fällen, zu der an ihn gestellten Frage nach der Glaubwürdigkeit des - meist kindlichen oder jugendlichen - Zeugen Stellung zu nehmen. Diese Frage hat er zu erörtern, ohne sich dabei von dem Bestreben leiten zu lassen, durch sein Gutachten einen nach seiner Meinung wahrscheinlich Unschuldigen von einem Prozeß zu bewahren. Der in tatsächlicher Hinsicht festzu-

---

1) Krauß, Die straf. Problematik S. 43

2) Göppinger, Handb. d. forens. Psychiatrie 1539; Jessnitzer a.a.O. S. 53; ebenso BGHSt 7, 239 (allerdings nur als obiter dictum); vgl. auch Eb. Schmidt Lehrk. II Nachtrag 1 §78 Rdn. 6

3) a.a.O.; vgl. BGHSt 5, 34; Sarstedt, Beitr. z. ger. Med. 1969, S. 27, 28

4) a.a.O. S. 8

stellende steigende Einfluß des Sachverständigen auf die gerichtliche Entscheidung sollte nicht durch die Übertragung richterlicher Aufgaben noch verstärkt werden. Ebenso wie es nicht die Aufgabe des Sachverständigen ist, unmittelbar an der Überführung des Beschuldigten mitzuwirken [1], ist es nicht seine Aufgabe, einen mit gewisser Wahrscheinlichkeit Unschuldigen vor einem Prozeß zu bewahren. Das ist mit seiner Stellung als Beweismittel nicht zu vereinbaren. Diese Aufgaben obliegen der StA (§ 170 II StPO) und dem Gericht, (§ 204 StPO).

---

1) BGH JR 69, 221

III. Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen

A. Zulässigkeit eigener Ermittlungen bei Untersuchungen und Befragung des Beschuldigten.

1) Körperliche Untersuchungen und Eingriffe im Rahmen einer Unterbringung nach § 81 StPO

a) Unumstritten ist zunächst, daß der Sachverständige keinerlei Zwangsbefugnisse gegenüber dem Beschuldigten besitzt [1]. Zur Durchführung einer vom Richter angeordneten, erlaubten Untersuchung oder eines statthaften Eingriffs darf vom Gutachter oder seinen Hilfskräften kein Zwang angewendet werden. Die Verbringung eines Beschuldigten in eine Heil- und Pflegeanstalt zur Ausführung eines Beschlusses nach § 81 StPO obliegt der Staatsanwaltschaft und ihren Hilfsbeamten [2]. Weigert sich der Beschuldigte, so sind nur diese, nicht aber der Sachverständige zu Zwangsmaßnahmen befugt, vgl. auch Nr. 51 RiStBV. Ebenso verhält es sich bei der Durchführung einer Anordnung nach § 81a StPO [3].

b) Weiterhin ist es anerkannt, daß auch für den Sachverständigen die Vorschrift des § 136a StPO gilt [4], wonach die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten nicht durch bestimmte, in § 136a genannte Methoden beeinträchtigt werden darf. Auch dürfen das Erinnerungsvermögen und die Einsichtsfähigkeit nicht beeinträchtigt werden. Für den Sachverständigen sind bedeutsam die Methoden des körperlichen Eingriffs und der Verabreichung von Mitteln. Dieses Beweismethodenverbot gilt auch für die Vernehmung von Zeugen, § 69 III StPO. Auch für Augenscheinsgehilfen und sachverständige Zeugen muß § 136a StPO gelten, sofern sie auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden tätig werden [5]. Alles, was im Namen oder

---

1) Peters JR 69, 234
2) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 81 Anm. 12
3) vgl. Kleinknecht NJW 64, 2181
4) BGHSt 11, 211; JR 69, 232; Sarstedt, Beitr. z. ger. Med. 1969, S. 22; Kleinknecht § 136a Anm. 1
5) Eb. Schmidt NJW 62, 665; Kohlhaas JR 60, 249; Nüse JR 66, 285

Auftrag der Strafverfolgungsbehörden geschieht, ist diesen selbst zuzurechnen [1]. Für den Sachverständigen bedeutet dies, daß § 136a StPO für alle seine Tätigkeiten gilt. Es ist nicht entscheidend, ob er Befund- oder Zusatztatsachen [2] ermittelt, hinsichtlich deren er möglicherweise lediglich eine Zeugenstellung hat. Man wird auch so weit gehen müssen, daß der Sachverständige selbst dann noch an § 136a StPO gebunden ist, wenn er in unzulässiger Weise über seinen eigentlichen Auftrag hinausgeht und eigene Ermittlungen anstellt. Da er bei allen Tätigkeiten letztlich auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden tätig wird, muß § 136 a StPO lückenlos für alle seine Tätigkeiten gelten.

c) Nicht ganz unumstritten ist die Frage, ob ein Beschluß, der gem. § 81 StPO die Unterbringung eines Beschuldigten in einer Heil- und Pflegeanstalt anordnet, den mit der Beobachtung und Begutachtung beauftragten Arzt oder das Anstaltspersonal auch zu körperlichen Untersuchungen oder Eingriffen berechtigt, ob also ein Arzt im Verlauf der Begutachtung von sich aus ohne besondere gerichtliche Anordnung die von ihm für notwendig gehaltenen Untersuchungen oder Eingriffe durchführen darf (z.B. Blutentnahme, Encephalographie, EEG).

Der Bundesgerichtshof [3] und die ganz herrschende Meinung [4] stehen auf dem Standpunkt, daß ein Beschluß nach § 81 StPO dem Sachverständigen lediglich eine "Beobachtung" des Beschuldigten erlaube, nicht aber körperliche Untersuchungen oder Eingriffe. Diese bedürften jeweils einer gesonderten Anordnung nach § 81a StPO. Zwar seien die gesetzlichen Anforderungen für eine Anstaltsunterbringung teilweise schärfer als die für die Anordnung einer Maßnahme nach § 81a StPO. So sei für eine Entscheidung nach § 81 StPO nur das Gericht zuständig, eine Anordnung nach § 81a StPO könn-

---

1) Peters, Gutacht. zum 46. DJT S. 162; Kohlhaas DRiZ 66, 288

2) vgl. zu dieser Unterscheidung Kleinknecht Anm. 1B vor § 72 und § 136a Anm. 1

3) BGH JR 56, 68 m. zust. Anm. v. Eb. Schmidt

4) KMR § 81 Anm. 1 a; Kleinknecht § 81 Anm. 2; Eb. Schmidt NJW 62, 664; Arzt JZ 69, 439

ten bei einer Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung sogar die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft treffen; die Entscheidung nach § 81 StPO dürfe erst nach Anhörung des Sachverständigen und des Verteidigers ergehen, diese sei bei einer Anordnung nach § 81a StPO nicht erforderlich. Doch könne hieraus wegen der verschiedenen Zweckrichtungen der §§ 81 und 81a StPO nicht gefolgert werden, daß ein Beschluß nach § 81 StPO auch Maßnahmen nach § 81a StPO umfasse.

Die herrschende Meinung stellt insoweit auf die verschiedenen Zielrichtungen der Eingriffe nach §§ 81 und 81a StPO ab. Während eine Anordnung nach § 81a StPO in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 II 1 GG, eingreift, beschränkt eine Unterbringung nach § 81 StPO das Grundrecht der persönlichen Freiheit, Art. 2 II 2 GG. Wegen dieser unterschiedlichen Zweckrichtung dürfen nach h.M. die Wirkungsbereiche dieser beiden Vorschriften nicht miteinander vermengt werden [1]. Auch wenn es sich um ungefährliche und vom ärztlichen Standpunkt aus bei einer Untersuchung auf den Geisteszustand übliche Maßnahmen handele, bedürften sie selbst dann, wenn sie medizinisch geboten seien, einer besonderen Anordnung nach § 81a StPO [2].

Demgegenüber will Peters [3] dem mit der Beobachtung auf den Geisteszustand beauftragten Sachverständigen mehr Spielraum zu eigenen Entscheidungen einräumen. Er hält die Ansicht der herrschenden Meinung für zu weitgehend. Will Sarstedt [4] die Auslösung von Kniesehnenreflexen und ähnlich harmlose Dinge von der Notwendigkeit einer besonderen Anordnung nach § 81a StPO ausnehmen, so geht Peters noch weiter und vertritt die Meinung, daß auch übliche Blutentnahmen gegen den Willen des Beschuldigten ohne besondere Anordnung nach § 81a StPO durchgeführt werden dürften. Dafür, was an Untersuchungen und Eingriffen zulässig sei, sei die Üblichkeit von Untersuchungshandlungen in Kliniken maßgeblich und

1) BGHSt 8, 148
2) BGH JR 69, 231
3) JR 69, 233 und Lehrb. S. 274
4) Löwe - Rosenberg § 81 Anm. 12

deren Ungefährlichkeit. Entscheidend seien die ärztlichen Maßstäbe, wie sie auch gegenüber sonstigen Patienten angewandt würden. Peters gewährt damit dem Sachverständigen auf medizinischem Gebiet mehr Freiheit als die herrschende Meinung, gibt ihm in gewissem Umfang das Recht zu eigenen Ermittlungen.

Gegen die herrschende Meinung läßt sich einwenden, daß ihre Durchführung für den mit dem Gutachten über den Geisteszustand beauftragten Sachverständigen äußerst umständlich ist. Der Sachverständige muß wegen jeder von ihm für erforderlich gehaltenen Untersuchung, wegen jeder Blutentnahme, eine richterliche Anordnung einholen. Insofern sind die Ausführungen von Peters durchaus berechtigt. In der Praxis wird es jedoch üblich, generell für nötig gehaltene Blutentnahmen und andere Eingriffe im Vorhinein per Beschluß nach § 81a StPO zu genehmigen. Der Hinweis von Peters auf die Üblichkeit von Maßnahmen gegenüber sonstigen Patienten geht fehl, denn diese haben sich freiwillig zum Arzt begeben, während die hier in Frage stehenden Beschuldigten aufgrund richterlichen Beschlusses in die Anstalt eingewiesen wurden. Schon daraus kann man ableiten, daß der Arzt als Sachverständiger gegenüber diesen "Patienten" eine andere Stellung hat.

Außerdem führt gerade die Auffassung von Peters zu einer Unsicherheit des Sachverständigen, welche Untersuchungen er mit und welche er ohne besondere Anordnung durchführen darf. Diese Unsicherheit ist es aber, die häufig zu Verfahrensverstößen von Sachverständigen führt. Der Maßstab der Üblichkeit von Untersuchungen und deren Ungefährlichkeit bieten für den Sachverständigen keine klaren Anhaltspunkte für die Zulässigkeit ihrer Durchführung.

Vor allem darf die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der im Rahmen der Prüfung, ob ein Eingriff nach § 81a StPO zulässig ist, eine bedeutende Rolle spielt[1], nicht vom Richter auf den Sachverständigen übertragen werden.

---

1) BverfG NJW 63, 1597; BverfG NJW 63, 2368; BVerfGE 27, 211

Die Entscheidung, ob ein Eingriff nach § 81a StPO durchgeführt werden soll, hat allein der Richter, falls kein Eilfall vorliegt. Nur dieser ist in der Lage, die dabei erforderliche Güterabwägung vorzunehmen, denn der Sachverständige wird zumeist über die dafür wesentlichen Tatsachen, wie Schwere der Beschuldigung, Stärke des Verdachts und Maß des Schuldverdachts gar nicht informiert sein.

Um jede Unsicherheit auszuschließen, erscheint es zweckmäßig und wegen der verschiedenen Zweckrichtungen der §§ 81 und 81a StPO auch rechtsstaatlich geboten, für jede über die "Beobachtung" hinausgehende Untersuchung eine Anordnung nach § 81a StPO zu verlangen. Das muß für sämtliche Untersuchungen und Eingriffe gelten. Eine Ausnahme ist auch nicht mit Sarstedt [1] für die "Auslösung von Kniesehnenreflexen und ähnlich harmlose Dinge" zu machen [2], denn die Ansichten darüber, ob eine Untersuchung als "harmlos" anzusehen ist, kann ärztlicherseits durchaus unterschiedlich sein. So wird mancher Sachverständige die Durchführung eines EEG für "harmlos" halten, während es aus der Sicht des Betroffenen als äußerst unangenehm empfunden werden kann. Es ist sicher keine unzumutbare Belastung für den Sachverständigen, wenn er sich für jede Untersuchung eine richterliche Anordnung zu beschaffen muß, zumal auch sonst bei Maßnahmen im Rahmen des § 81a StPO eine enge Zusammenarbeit von Arzt und Richter gefordert wird [3]. Damit sind die Befugnisse des Sachverständigen im Rahmen einer Unterbringung nach § 81 StPO klar umschrieben. Seine Tätigkeit beschränkt sich auf die Beobachtung des Beschuldigten.

Im Rahmen des § 81a StPO darf der Sachverständige nur die in der richterlichen Anordnung bezeichneten Eingriffe oder Untersuchungen vornehmen. Fraglich ist, inwieweit hier eine Pauschalierung möglich ist ("alle erforderlichen Eingriffe, insbesondere Blutentnahmen..."). Wegen der möglichen

---

1) Löwe - Rosenberg § 81a Anm. 12

2) Andererseits hält gerade Sarstedt die doch völlig "harmlose" Abnahme eines Bartes wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde des Betroffenen für absolut unzul ssig, vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 81a Anm. 6 g

3) vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 81a Anm. 8 a. E.

Unterschiedlichkeit der Ansichten darüber, ob eine Untersuchung oder ein Eingriff als "harmlos" oder "ungefährlich" anzusehen ist, und wegen der bei jedem einzelnen Eingriff notwendigen Güterabwägung muß eine solche Pauschalierung als unzulässig angesehen werden. Zulässig sollte lediglich sein, generell erforderliche Blutentnahmen im Rahmen einer Unterbringung nach § 81 StPO im Vorhinein per Beschluß nach § 81a StPO zu genehmigen. Für alle anderen vom Sachverständigen für nötig gehaltenen Eingriffe benötigt er eine besondere Anordnung nach § 81a StPO. Hält er z.B. wegen der Schmerzhaftigkeit eines Eingriffs oder wegen des Widerstands des Beschuldigten eine Narkose für erforderlich, so benötigt er dafür eine besondere Anordnung nach § 81a StPO [1].

Bei der Durchführung dieser Aufgaben bleibt dem Sachverständigen somit kein Raum für zulässige eigene Ermittlungstätigkeiten.

d) Nicht mehr umstritten ist heute, daß der Beschuldigte nicht verpflichtet ist, bei Untersuchungen oder Eingriffen nach § 81a StPO aktiv mitzuwirken. So ist er zur Vollziehung des Alkoholtests durch Blasen in ein Prüfröhrchen oder zu bestimmten Testübungen nicht verpflichtet. Die Entscheidung des OLG Köln [2], in der eine Verpflichtung des Beschuldigten zur aktiven Mitwirkung an Alkoholtests bejaht wurde, ist allgemein auf Widerspruch gestoßen [3]. Das OLG Köln hatte seine Entscheidung damit begründet, daß diese Testübungen ein Bestandteil der "körperlichen Untersuchung" und damit von § 81a StPO gedeckt seien. Dabei wurde aber verkannt, daß auch im Rahmen von Untersuchungen von dem Beschuldigten grundsätzlich keinerlei aktives Verhalten verlangt werden kann. Das ergibt sich aus dem System der prozessualen Zwangsmaßnahmen in der StPO und dem Grundsatz der Selbstbezichtigungsfreiheit [4]. Mit Dahs/Wimmer [5] muß sogar gefordert werden, daß es dem Sachverständigen nicht erlaubt sein darf,

---

1) Göppinger, Der Nervenarzt 1952, S. 247; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 81a Anm. 6e

2) NJW 62, 692

3) Eb. Schmidt NJW 62, 664; Kleinknecht § 81a Anm. 2 C

4) vgl. Eb. Schmidt NJW 62, 665; Rossmanith Diss. S. 69

5) NJW 60, 2219

einen anscheinend erheblich alkoholisierten Beschuldigten zur aktiven Mitwirkung an einem Alkoholtest zu überreden oder sonst zu veranlassen, da durch den Alkoholeinfluß die Willensentschließungsfreiheit des Betroffenen beeinträchtigt ist und ein Verstoß gegen § 136a StPO befürchtet werden muß [1]. Der Sachverständige hat sich also in diesen Fällen auf die angeordnete Entnahme der Blutprobe und dabei mögliche Wahrnehmungen zu beschränken.

2) Befragungen des Beschuldigten im Rahmen einer Beobachtung auf den Geisteszustand, einer psychologischen Persönlichkeitsuntersuchung oder eine Blutentnahme zur Alkoholfeststellung

a) Belehrungspflicht des Sachverständigen analog §§ 136, 163a III, IV StPO ?

Wenn der Sachverständige im Verlauf einer Beobachtung auf den Geisteszustand den Beschuldigten nach früheren Krankheiten oder anderen zur Vorbereitung des Gutachtens wichtigen Tatsachen fragt, wenn der die Blutprobe entnehmende Arzt den Beschuldigten über die von diesem genossene Alkoholmenge befragt, taucht zunächst das Problem auf, ob der Sachverständige den Beschuldigten in analoger Anwendung der §§ 136 I 2, 163a III, IV StPO darüber belehren muß, daß es ihm freistehe, sich zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Denn daß der Beschuldigte dieses Schweigerecht auch gegenüber dem Sachverständigen hat, ist unstreitig [2].

Der BGH [3] hat eine Belehrungspflicht des Sachverständigen verneint. Begründet wurde diese Auffassung damit, daß eine solche Belehrung nur für den Richter, den Staatsanwalt und Beamte des Polizeidienstes vorgeschrieben sei (§§ 136 I 2, 163a III, IV StPO). Da der Sachverständige nicht wie der Richter, Staatsanwalt oder der Polizeibeamte ein Organ der

---

1) Dieser Fall ist dem der Ermüdung gleichzustellen, bei der es nach BGHSt 13, 60 nicht darauf ankommt, ob dieser Zustand von Vernehmungsbeamten herbeigeführt oder ausgenutzt wurde. Entscheidend ist vielmehr allein der objektive Zustand des Beschuldigten. Vgl. auch KMR (Müller) § 136a Anm. 1c; a.A. Eb. Schmidt, NJW 62, 665

2) Eb. Schmidt, Lehrk. II § 81 Rdn. 24; Arzt JZ 69, 438

3) BGH JR 69, 231; vgl. auch Jessnitzer, Der ger. Sachv. S. 164 u. 175

der Strafverfolgung und es zudem nicht seine Aufgabe sei, durch seine Tätigkeit unmittelbar zur Überführung des Angeklagten beizutragen, könne die Vorschrift des § 136 I 2 StPO auch nicht im Wege der Analogie auf Anhörungen des Beschuldigten durch den Sachverständigen ausgedehnt werden.

Dem sind Peters [1] und Arzt [2] in Anmerkungen zu diesem Urteil entgegengetreten. Während Peters die Belehrung über das Recht, auch gegenüber dem Sachverständigen zu schweigen, primär dem Richter auferlegen will, der den Sachverständigen beauftragt, und dem Richter die Möglichkeit gibt, diese Belehrungspflicht dem Sachverständigen zu übertragen [3], vertritt Arzt die Ansicht, den Sachverständigen selbst treffe in analoger Anwendung der Vorschrift des § 136 I 2 StPO die Pflicht, den Beschuldigten über sein Schweigerecht zu belehren [4].

Bei einer Entscheidung dieser Frage ist zunächst klarzustellen, daß sich der § 136 I 2 dem Wortlaut nach nur auf "Vernehmungen" des Beschuldigten bezieht. Schon dadurch, daß der BGH von "Anhörungen" [5] durch den Sachverständigen spricht, macht er deutlich, daß es sich dabei eben nicht um Vernehmungen im verfahrensrechtlichen Sinne handelt. Es fragt sich aber, ob eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den Sachverständigen zulässig und geboten ist.

Der Sachverständige ist zwar kein Organ der Strafverfolgung, er wird aber im Auftrag eines solchen tätig. Der BGH bezeichnet ihn selbst als "Gehilfen" des Richters. Wenn man dies bedenkt, erscheint die Argumentation des BGH fragwürdig, zumal der BGH die Vorschrift des § 136a StPO gerade mit der Begründung auf den Sachverständigen anwendet, was dem Richter verwehrt sei, sei auch seinem Gehilfen verwehrt [6].

---

1) JR 69, 232

2) JZ 69, 438

3) Ähnlich Kleinknecht Vorbem. 1 C a vor § 72

4) So im Anschluß an Arzt auch Kern - Roxin S. 118

5) a.a.O.

6) BGHSt 11, 212

In konsequenter Weiterführung dieses Gedankens bedeutet das aber für den Fall des § 136 I 2 StPO: wozu der Richter verpflichtet ist, dazu ist auch sein "Gehilfe" verpflichtet. Diese Konsequenz wird aber vom BGH nicht gezogen.

Wenn auch die Bezeichnung "Richtergehilfe" abzulehnen ist, so wird der Sachverständige doch auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden tätig und ist daher ebenso wie diese an § 136 I 2 StPO gebunden [1]. Eine andere Auffassung würde eine Umgehung des Zwecks des § 136 I 2 StPO bedeuten. Auch die immer größere Bedeutung des Sachverständigengutachtens für den Ausgang des Prozesses, auf die schon hingewiesen wurde, muß dazu führen, den Sachverständigen streng an die für die Strafverfolgungsbehörden geltenden rechtsstaatlichen Grundsätze zu binden.

Gegen eine Belehrungspflicht des Sachverständigen ließe sich anführen, daß der Gesetzgeber es möglicherweise absichtlich unterlassen habe, bei der Erstreckung der Belehrungspflicht auf Polizei und Staatsanwaltschaft durch die kleine Strafprozeßrechtsreform (Strafprozeßänderungsgesetz vom 19.12.1964) auch den Sachverständigen mit einzubeziehen. Auch der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StrVRG) [2], der noch eine Vervollkommnung der Belehrungen vorsieht [3], läßt die Frage einer Belehrungspflicht des Sachverständigen offen.

Eine solche Absicht des Gesetzgebers, den Sachverständigen von der Belehrungspflicht auszunehmen ist jedoch nicht ersichtlich. Vielmehr hat das StPÄG von 1964 ein umfassendes Belehrungssystem gegenüber dem Beschuldigten in allen Ver-

---

1) so Kern - Roxin S. 132; Hanack JZ 71, 168, 169; Arzt, JZ 69, 438; Maase, DAR 66, 44, 45; Messmer, DAR 66, 153 hält zwar eine Ausdehnung der Belehrungspflicht auf den Sachverständigen durch den Gesetzgeber für erforderlich, meint aber, de lege lata sei sie nicht möglich. Messmer übersieht dabei die Möglichkeit einer analogen Anwendung der §§ 136, 163a IV StPO.

2) Bundestagsdrucksache VII/551

3) so soll in § 136 die Belehrung auf das Recht des Beschuldigten erstreckt werden, einzelne Beweiserhebungen zu beantragen; §§ 52, 81c werden dahingehend erweitert, daß bei verstandesunreifen Personen der gesetzliche Vertreter zu belehren ist.

fahrensstadien schaffen wollen [1]. Dem entspricht es, ebenso wie die Vorschrift des § 136a StPO auch die des § 136 I 2 auf den Sachverständigen analog anzuwenden.

Eine Verpflichtung allein des die Untersuchung anordnenden Richters wird dem Sinn der Belehrungspflicht nicht gerecht. Der Beschuldigte kann häufig die Tragweite der Fragen des Sachverständigen, den er auch als Arzt vor sich sieht, nicht recht beurteilen und ist sich über die Stellung des Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren nicht klar, während er die Bedeutung von polizeilichen, staatsanwaltschaftlichen oder gerichtlichen Vernehmungen durchaus kennt [2]. Um jeden Irrtum des Beschuldigten zu vermeiden und die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten, muß der Sachverständige selbst den Beschuldigten über sein Schweigerecht ihm gegenüber belehren [3]. Das schließt jedoch die Belehrungspflicht des die Untersuchung anordnenden Richters nicht aus. Diese besteht daneben fort [4].

Die abzulehnende Auffassung des BGH kann, dazu bietet gerade das angeführte Urteil [5] ein (un)gutes Beispiel, nicht selten zu dem Eindruck des - in den Fällen einer Unterbringung nach § 81 StPO oft geistesgestörten - Beschuldigten führen, der Sachverständige habe ihn getäuscht [6]. Dadurch wird das Vertrauen des Beschuldigten in die Unparteilichkeit des Sachverständigen erheblich gestört und der Beschuldigte wird versuchen, den Sachverständigen wegen Besorg-

---

1) vgl. Peters JR 69, 233

2) Arzt JZ 69, 439

3) Diese Auffassung wird außer von den in Fußn. 1) auf S. 22 Genannten auch von sachverständiger Seite vertreten, vgl. Friedrichs, Handb. der Psychologie Bd. 11 S. 23, ähnlich Göppinger, Handb. S. 1543

4) Vgl. dazu auch Bauer, Diss. Göttingen 1972, S. 123. Es handelt sich um eine originäre Pflicht des Sachverständigen und nicht um eine vom Richter abgeleitete. Deshalb ist die Meinung von Peters, JR 69, 233, und Kleinknecht, Anm. 1 C a vor § 72, die Belehrungspflicht treffe primär nur den Richter, dieser könne aber den Sachverständigen mit der Belehrung beauftragen, abzulehnen.

5) JR 69, 231

6) darauf weist Arzt, a.a.O. S. 440 a.E. besonders hin.

nis der Befangenheit abzulehnen. Dieser Eindruck des Beschuldigten belastet dann das gesamte Verfahren. Dem kann nur durch eine Belehrungspflicht des Sachverständigen vorgebeugt werden.

Der Richter, der gem. § 78 StPO die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten hat, ist verpflichtet, den Sachverständigen auf diese Belehrungspflicht hinzuweisen, wenn er ihn mit der Begutachtung eines Beschuldigten beauftragt.

b) Der ärztliche Sachverständige und die Schweigepflicht des Arztes, § 300 StGB

Bei Befragungen und Untersuchungen eines Beschuldigten durch einen ärztlichen Sachverständigen ergibt sich das Problem, ob § 300 StGB auch im Verhältnis Sachverständiger - Beschuldigter Anwendung findet, ob insoweit für den ärztlichen Sachverständigen trotz seiner Stellung als Sachverständiger eine Schweigepflicht entstehen kann, und wenn sie entsteht, worauf sie sich erstreckt.

Grundsätzlich begründet ein gerichtlicher oder staatsanwaltschaftlicher Auftrag an einen Sachverständigen bei der Aufnahme des Befundes für das Gutachten kein dem § 300 StGB entsprechendes Vertrauensverhältnis [1]. Durch § 300 StGB soll das Vertrauen des einzelnen Patienten und der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit des Arztes geschützt werden [2]. Der Sachverständige ist aber aufgrund seiner Stellung im Strafverfahren nicht Vertrauensperson des zu Untersuchenden [3], tritt also dem Beschuldigten nicht in seiner Eigenschaft als Arzt und Helfer gegenüber, sondern als von den Strafverfolgungsbehörden beauftragter Gutachter. Der Rollenkonflikt [4] des psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen zwischen forensischen und therapeutischen [5] Funktionen muß in diesem Fall dahingehend ge-

---

1) h.M. vgl. Leipziger Kommentar [8](Jagusch) § 300 Anm. 3; Jessnitzer, Der ger. Sachv. S. 118; Peters, Gutachten für den 46. DJT S. 129

2) Lenckner NJW 65, 322;

3) Leipziger Kommentar [8](Jagusch) a.a.O.

4) Maisch, Mon.Krim. 73, 193

5) Frey, Festschrift für Pfenninger S. 53

löst werden, daß bei der sich im Rahmen des Auftrags haltenden Aufnahme des Befundes die Rolle des Sachverständigen als Gutachter im Vordergrund steht. Die Befundtatsachen, die der Sachverständige ermittelt, muß er dem Gericht mitteilen; insoweit besteht für ihn keine Schweigepflicht.

Im Verlauf einer Untersuchung eines Beschuldigten durch den Sachverständigen kann es geschehen, daß der Sachverständige Einsicht in weitere, außerhalb seines Auftrags liegende Zusammenhänge erlangt. Das kann einmal in der Form geschehen, daß der Sachverständige zufällig Tatsachen erfährt, die mit seinem Auftrag in keinem Zusammenhang stehen, etwa wenn er bei einem die Tat leugnenden Angeklagten Tatspuren an der Kleidung entdeckt, oder dieser ihm gegenüber zur Erleichterung des Gewissens ein Geständnis ablegt [1]. Diese Tatsachen können auch andere beim Beschuldigten vorhandene Krankheiten sein [2] Zum anderen kann es geschehen, daß der Sachverständige von sich aus über den Rahmen seines Auftrags hinaus Tatsachen ermittelt, die für das Verfahren von Bedeutung sind.

In diesen Fällen ist es anerkannt, daß neben dem durch die gerichtliche Untersuchung hergestellten Verhältnis durchaus ein dem § 300 StGB entsprechendes Arzt - Patient - Verhältnis entstehen kann [3]. In Bezug auf die vom Sachverständigen so ermittelten Tatsachen besteht dann für den ärztlichen Sachverständigen eine Geheimhaltungspflicht auch dem Gericht gegenüber. Durch § 300 StGB wird auch ein Beschuldigter davor geschützt, daß der ihn untersuchende Sachverständige andere Tatsachen offenbart als die, zu deren Feststellung er beauftragt ist. Dabei ist es ohne Bedeutung, daß der Beschuldigte sich nicht freiwillig in die Behandlung durch den Sachverständigen begeben hat, denn die Freiwilligkeit ist auch bei der Behandlung eines Bewußtlosen durch einen Arzt nicht gegeben und dennoch fällt alles, was dem

---

1) vgl. die Beispiele bei Jessnitzer, Der Ger. Sachv. S. 120

2) Wenn beispielsweise der eine Blutprobe entnehmende Sachverständige feststellt, daß der Beschuldigte an Epilepsie leidet. Vgl. BGH NJW 68, 2288

3) Bockelmann MMW 67, 370; Eb. Schmidt. Lehrk. II § 53 Rdn. 16; KMR § 76 Anm. 5; RGSt 61, 385

Arzt dabei bekannt wird, unter den Schutz des § 300 StGB [1].

Es ist früher versucht worden, das Problem dadurch zu lösen, daß man dem Sachverständigen aufgrund seiner Zeugenstellung [2] eine Offenbarungsbefugnis zubilligte [3]. Gem. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO hat ein Arzt ein Zeugnisverweigerungsrecht über Tatsachen, die den Schutz des § 300 StGB genießen. Wenn eine gem. § 53 StPO zeugnisverweigerungsberechtigte Person dieses Recht nicht gebraucht und als Zeuge aussagt, ist wegen der durch § 53 StPO ausgesprochenen Erlaubnis der Vernehmung diese prozessual ordnungsmäßig. Daraus wurde gefolgert, daß die Geheimnisoffenbarung damit auch materiell rechtmäßig sei [4]. Das materielle Recht könne nicht etwas verbieten, was die Strafprozeßordnung zulasse.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Zeugenstellung vor dem Gericht gibt für sich allein noch keine Befugnis zur Geheimnisoffenbarung [5]. Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO besteht gerade im Interesse des Vertrauensschutzes als Grundlage wirksamer Berufstätigkeit der Vertrauensberufe, die bei Gefährdung der privaten Geheimsphäre beeinträchtigt wäre [6]. Da § 300 StGB eine Pflicht zur Verschwiegenheit aufstellt und § 53 StPO ein Recht auf Verschwiegenheit gewährt, liegt keine die Rechtswidrigkeit der Offenbarung ausräumende Pflichtenkollision vor [7]

---

1) Schönke - Schröder § 300 Rdn. 6; Dreher § 300 Anm. 2 B b; BGHZ 40, 294

2) Die Schweigepflicht kann sich nur auf sog. "Zusatztatsachen" erstrecken, da die sog. "Befundtatsachen" im Rahmen des gerichtlichen Auftrags ermittelt werden, in dem eine Schweigepflicht nicht besteht. Hinsichtlich der Zusatztatsachen muß der Sachverständige als Zeuge vernommen werden.
Vgl. BGHSt 13, 1; 22, 268; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) Anm. 5 vor § 72; Kleinknecht Anm. 1 B vor § 72

3) v. Olshausen § 300 Anm. 9; Frank § 300 Anm. III 2 c

4) Frank a.a.O.; v. Olshausen a.a.O.

5) Kohlhaas GA 58, 72; Kohlrausch - Lange § 300 Anm. IV; Maurach BT § 22 B 4 c; Lenckner NJW 65, 325

6) Leipziger Kommentar[9] (Mösl) § 300 Rdn. 13

7) Lenckner a.a.O.; Maurach a.a.O.

Die Rechtswidrigkeit der Offenbarung ist nur in den äußerst schwierigen Fällen des übergesetzlichen Notstands ausgeschlossen, bei denen der Arzt eine diffizile Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse oder dem Sicherheitsinteresse [1] der Allgemeinheit auf der einen Seite und dem Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen auf der anderen Seite treffen muß.

Über die Zeugenstellung des Sachverständigen bei Zusatztatsachen läßt sich das Problem somit nicht lösen.

Es wird die Ansicht vertreten, daß die Geheimhaltungspflicht des Sachverständigen sich nur auf solche Tatsachen beziehe, deren Kenntnis für die Erstattung des Gutachtens nicht unbedingt notwendig sei [2]. Eine Abgrenzung nach diesen Kriterien erscheint aber äußerst schwierig. Denn wer soll die Entscheidung darüber treffen, ob die Kenntnis bestimmter Tatsachen "unbedingt notwendig" für die Erstattung des Gutachtens war, der Sachverständige oder das Gericht [3]? Zuzustimmen ist dieser Ansicht nur insofern, als sie klarstellt, daß alle Tatsachen über die Tat selbst, die für die Begutachtung von Bedeutung sind (etwa die Art der Begehungsweise), schon aus diesem Grunde nicht unter den Schutz der § 300 fallen und über die Erstattung des Gutachtens dem Gericht mitgeteilt werden dürfen [4].

---

1) So wird man es für rechtmäßig halten müssen, daß in dem erwähnten Fall der Epilepsie eines Kraftfahrers der Sachverständige im Interesse der Sicherheit des Straßenverkehrs diese Tatsache offenbart. Vgl. OLG München MDR 56, S. 565 m. Anm. Mittelbach; BGH NJW 68, 2288 m. Anm. Händel; a.A. Woesner NJW 57, 694.
Im Zweifelsfall wird man dem Sachverständigen raten müssen, der Schweigepflicht den Vorzug zu geben, da jedenfalls eine Mitteilungspflicht nicht besteht; vgl. Händel a.a.O. allgemein zum übergesetzlichen Notstand bei § 300 StGB vgl. Lenckner, Arzt und Recht S. 183; Woesner a.a.O.

2) Frey, Festschr. Pfenninger S. 53; KMR § 76 Anm. 5, Jessnitzer, Der ger. Sachv. S. 120

3) Jessnitzer a.a.O. gibt selbst zu, daß die Anwendung dieser Grundsätze im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten machen könne.

4) Vgl. Jessnitzer a.a.O.

Besser ließe sich das Problem dadurch lösen, daß man im Anschluß an Sarstedt [1] und Jessnitzer [2] den Sachverständigen verpflichtet, sich von vornherein nicht in einen Konflikt mit der ärztlichen Schweigepflicht zu bringen. Das müßte dadurch geschehen, daß der Sachverständige vor Beginn einer Untersuchung oder Beobachtung den Beschuldigten darüber zu belehren hat, daß er ihm als Sachverständiger und nicht als Arzt und Helfer gegenübersteht, und daß er verpflichtet ist, alles, was er im Rahmen der Untersuchung feststellt und erfährt, dem Gericht mitzuteilen. Das erfordert schon die Offenheit des Verfahrens und die ärztliche Standespflicht [3]. Dabei sollte es nicht nur eine moralische Pflicht darstellen und in das Ermessen des Sachverständigen gestellt sein [4], wann und in welcher Form er den Beschuldigten auf diese Sachlage hinweist, sondern es muß analog § 136 I 2 StPO eine Rechtspflicht des Sachverständigen zu einer solchen, Belehrung angenommen werden.

Zwar ist es richtig, daß der Arzt auch als Sachverständiger ein gewisses Vertrauensverhältnis zu dem zu Begutachtenden herstellen muß [5], da ohne dieses eine erfolgreiche Begutachtung nur schwer möglich sein wird, aber dieses Vertrauensverhältnis braucht kein dem § 300 StGB entsprechendes Verhältnis zu sein [6]. Vielmehr muß der Sachverständige das Vertrauen des Beschuldigten in seine ärztlichen Kenntnisse und vor allem in seine Unparteilichkeit wecken, nicht aber in seine ärztliche Schweigepflicht. Es ist der Ansicht Sarstedts [7] zuzustimmen, wonach der Arzt (Psychiater) hier Helfer und Heiler in dem Sinne wie ein Richter sei. Auch zwischen dem Richter und dem Beschuldigten, der vor ihm stehe, solle die Begründung eines Vertrauensverhältnisses erstrebt werden. Ein solches Vertrauensverhältnis beruht aber nicht auf einer einseitigen Schweigepflicht.

---

1) Beitr. z. ger. Med. 1969, 22 und Löwe - Rosenberg § 76 A.4

2) Der Ger. Sachv. S. 121

3) vgl. Peters JR 69, 233

4) so anscheinend Sarstedt a.a.O. und Jessnitzer a.a.O.; vgl. auch Göppinger, Handb. d. foren. Psychiatrie Bd. II S.1543 u. 1566

5) das betont Frey, Festschr. f. Pfenninger S. 53

6) vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 76 Anm. 4

7) a.a.O.

In vielen Fällen geschieht die ärztliche Untersuchung gerade im Interesse des Beschuldigten. Ein Vertrauensverhältnis im Sinne des § 300 StGB erscheint dazu nicht erforderlich. Durch eine klare und ausführliche Belehrung seitens des Sachverständigen über seine verfahrensrechtliche Stellung wird die Begründung eines Vertrauensverhältnisses i.S. des § 300 StGB und das Entstehen einer ärztlichen Geheimhaltungspflicht bis auf Ausnahmefälle ausgeschlossen. Eine Ausnahme ist lediglich für solche Tatsachen zu machen, deren Geheimhaltung vor dem Sachverständigen nicht in der Macht des Beschuldigten steht. Hierzu würde der Fall der zufälligen Feststellung einer Epilepsie zu rechnen sein. Nur in einem solchen Ausnahmefall entstünde für den ärztlichen Sachverständigen eine Geheimhaltungspflicht und § 300 StGB griffe ein [1].

Macht aber der Beschuldigte trotz Belehrung dem Sachverständigen Mitteilungen über die von ihm begangene Tat oder stellt der Sachverständige zufällig Zusatztatsachen fest, die der Beschuldigte vor ihm hätte geheimhalten können, so muß der Sachverständige wegen der von ihm durchgeführten Belehrung wie jede andere am Strafverfahren beteiligte Person behandelt werden, für die gegenüber dem Gericht keinerlei Schweigepflicht besteht. Er darf darüber somit ohne Einschränkung aussagen.

Ermittelt jedoch der Sachverständige von sich aus Zusatztatsachen und schafft er im Verlauf einer Untersuchung (die im Fall des § 81 StPO bis zu 6 Wochen dauern kann) absichtlich ein Vertrauensverhältnis i. S. des § 300 StGB, so ist der Beschuldigte über § 136a StPO geschützt. Denn ein solches Verhalten stellt eine von § 136a StPO verbotene Täuschung des Beschuldigten dar, wenn dieser aufgrund des Verhaltens des Sachverständigen irrtümlich doch an das Bestehen einer Schweigepflicht geglaubt hat.

---

1) Die Rechtswidrigkeit der Geheimnisoffenbarung könnte in diesem Fall jedoch aufgrund übergesetzlichen Notstands ausgeschlossen sein, vgl. oben S. 27, Fußn. 1

c) Die Zulässigkeit eigener Vernehmungen, § 80 I und II StPO

Es ist schon dargelegt worden, daß der Sachverständige im Verlauf einer Untersuchung auf den Geisteszustand oder einer Persönlichkeitsdiagnose vom Beschuldigten häufig auch Einzelheiten über den Tathergang erfährt. Es stellt sich dabei die Frage, ob der Sachverständige selbst Fragen über den Tathergang stellen darf, oder ob er auf die bei Vernehmungen durch die Strafverfolgungsbehörden gemachten Aussagen und auf weitere, vom Beschuldigten von sich aus gemachte Mitteilungen angewiesen ist, ob er also eigene Ermittlungen zum Tathergang anstellen darf und wenn ja, in welchem Umfang.

Diese Frage ist für den Sachverständigen deshalb bedeutsam, weil er gerade bei einem Gutachten über den Geisteszustand möglichst viele Einzelheiten über das Tatgeschehen benötigt, vor allem dann, wenn eine verminderte Zurechnungsfähigkeit zur Tatzeit in Betracht kommt, § 51 I und II StGB. Zur Erlangung und Bewertung dieser Einzelheiten sind für den Sachverständigen die Aussagen des Beschuldigten selbst über seine Tat von besonderer Wichtigkeit [1].

Die Strafprozeßordnung hat dieses Problem nicht ausdrücklich geregelt. Nach § 80 I StPO kann dem Sachverständigen durch Vernehmung des Beschuldigten weitere Aufklärung zur Vorbereitung seines Gutachtens verschafft werden. Dabei geht § 80 I StPO allerdings von einer Vernehmung in Abwesenheit des Sachverständigen aus [2]. Nach § 80 II StPO kann es dem Sachverständigen gestattet werden, einer Vernehmung beizuwohnen und selbst Fragen an den Beschuldigten zu stellen. Eine selbständige Befragung oder Vernehmung des Beschuldigten durch den Sachverständigen sieht das Gesetz nicht vor. Es ist auch ganz herrschende Meinung [3],

---

1) vgl. Thomae u. Schmidt, Handb. d. Psych. Bd. 11, S. 356

2) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 3a

3) KMR § 80 Anm. 2; Wüst, Diss. München 1968, S. 54; Blau, Ger. Psychol. S. 362; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 3a; Krauß, ZStW 85, 323; Eb. Schmidt § 80 Rdn. 1; Peters, Lehrb. S. 311

daß der Sachverständige aus § 80 StPO kein eigenes Vernehmungsrecht herleiten kann. Umstritten ist jedoch, inwieweit der Sachverständige bei Untersuchungen ohne Anwesenheit des Richters Fragen über den Tathergang stellen darf.

aa) Die engste Auffassung vertritt Weimann [1], der es dem Sachverständigen gänzlich untersagen will, sich mit dem Beschuldigten über die diesem vorgeworfene Tat zu unterhalten. Er bezweifelt die Fähigkeit des Sachverständigen, Vernehmungen durchzuführen, die schließlich als Rechtsgrundlage der Urteilsfindung dienen sollten. Auch sieht Weimann eine Gefahr darin, daß der Beschuldigte in dem Sachverständigen zuerst den Arzt sehe, und nicht einen "Verfahrensgegner". Es sei daher nicht zu vermeiden, daß der Beschuldigte in seiner Ausdrucksweise diejenige Gespanntheit und Aufmerksamkeit vermissen lassen werde, die er sonst aufgebracht hätte, wenn ihm bewußt gewesen wäre, daß der Sachverständige ihn nicht nur als Arzt sehen wolle, sondern zugleich auch gewissermaßen als ein Organ der Ermittlungsbehörden [2].

Diese Ausführungen Weimanns zeigen deutlich, daß er die Stellung des Sachverständigen im Strafverfahren verkennt und zu einseitig aus der Sicht des Strafverteidigers darstellt. Daß der Sachverständige auch nicht "gewissermaßen" ein Organ der Ermittlungsbehörden ist, und daß man ihn schon gar nicht als einen "Verfahrensgegner" des Beschuldigten ansehen sollte, ist schon dargelegt worden [3]. Demzufolge ist es auch zu eng, wenn Weimann dem Sachverständigen jede Unterhaltung mit dem Beschuldigten über die Tat verbieten will. Es liegt schließlich auch im Interesse des Beschuldigten, daß der Sachverständige ein vollständiges und zutreffendes Gutachten erstellt. Dazu ist es aber in gewissem, noch zu klärendem Umfang erforderlich, daß der

---

1) JR 51, 199

2) Weimann, a.a.O. Diese Auffassung Weimanns ist sicherlich auch mit durch die irreführende Bezeichnung des Sachverständigen als "Richtergehilfen" durch die Rechtsprechung begründet.

3) s.o. unter II 3, S. 8

Sachverständige mit dem Beschuldigten über die Tat spricht und die Auskünfte des Beschuldigten sachkundig beurteilt.

bb) Der Bundesgerichtshof [1] hat es dem Sachverständigen gestattet, Fragen an den Beschuldigten über die diesem vorgeworfene Tat, den Anlaß und seine Einstellung dazu zu stellen, falls dies für die Begutachtung von Bedeutung sei. Ebenso dürfe der Sachverständige danach fragen, was der Beschuldigte selbst über seinen körperlichen und geistigen Zustand zu sagen habe. Der BGH betont die Bindung des Sachverständigen an § 136a StPO, gestattet ihm aber die Einholung und Verwertung von freiwilligen Angaben auf Fragen und Vorhaltungen.

In einem Urteil vom 13.12.1951 [2] hielt der BGH den Sachverständigen sogar für befugt, im Rahmen seines Auftrags Explorationen über die Tat durchzuführen. Er meinte damit eine "Anhörung des Beschuldigten, die der Beschaffung von tatsächlichen Unterlagen für die Erstattung des Gutachtens dient und ohne die der Sachverständige je nach Lage der Umstände nicht auskommen kann."

Peters [3] kritisiert an der erstgenannten Entscheidung, daß der BGH die notwendige Einschränkung dahingehend unterlassen habe, daß der Sachverständige sich bei seinen Fragen im Rahmen des ihm aufgetragenen Gutachtens halten müsse. Der Sachverständige dürfe sich mit dem Tatvorgang nur insoweit befassen, als er ihm von dem Auftraggeber, insbesondere dem Gericht, vorgelegt werde. Ergänzungen dürfe er nur insoweit herbeiführen, als sie fachwissenschaftlich geboten seien, um die an ihn gestellte Frage fachkundlich zu beantworten.

---

1) BGH JR 69, 231, 232

2) BGH 3.StR. 385/51, zit. bei Dalcke § 80 StPO Anm. 4

3) JR 69, 233 (Anm. zu der in Fußn. 1 genannten Entscheidung)

cc) Bei einer Lösung dieser Frage muß davon ausgegangen werden, daß den Sachverständigen eine Belehrungspflicht hinsichtlich seiner verfahrensrechtlichen Stellung als Gutachter und hinsichtlich des Schweigerechts des Beschuldigten trifft. Hiermit sind ein großer Teil der Bedenken Weimanns gegen Fragen des Sachverständigen über den Tathergang ausgeräumt.

Des weiteren muß die Stellung des Sachverständigen im Strafverfahren und die Regelung des § 80 I und II, sowie die des § 81 StPO beachtet werden.

Aus der Stellung des Sachverständigen als Beweismittel folgt schon zwingend, daß es nicht seine Aufgabe sein kann, eigene Feststellungen zur Tataufklärung zu treffen und neue belastende Tatsachen in das Verfahren einzuführen [1]. Damit würde er Strafverfolgungsaufgaben übernehmen, zu denen er nicht befugt und nicht ausgebildet ist. Etwas anderes kann nur für im Polizeidienst stehende Sachverständige gelten, die die Tataufklärung der Polizei durch ihre Sachkunde unterstützen. Wegen dieser Tätigkeit als sog. "Aufklärungssachverständige" [2] sind sie aber in derselben Sache als gerichtliche Sachverständige (Unparteilichkeit, Unbefangenheit) nicht geeignet [3].

Es bleibt also zunächst festzuhalten, daß der Sachverständige grundsätzlich nicht befugt ist, von sich aus eigene Ermittlungen zur Tataufklärung anzustellen.

Unzulässig sind ferner wegen Verstoßes gegen § 136a StPO Testversuche mit Polygraphen und die Anwendung von Pervitin, Eunarkon oder anderen Narkotika, auch wenn die Verabreichung solcher Mittel lediglich zum Zwecke der Persönlichkeitserforschung geschieht und nicht zur Gewinnung einer Aussage [4].

---

1) Peters, Handb. d. Psychol. Bd. 11, S. 783
2) Peters, a.a.O.
3) BGHSt 18, 214, 217; Kleinknecht § 74 Anm. 2 B; Peters a.a.O. Auf das Problem des Aufklärungssachverständigen soll später noch näher eingegangen werden.
4) Peters, Gutachten zum 46. DJT S. 161; Eb. Schmidt, Nachtr. I § 78 Rdn. 4; BGHSt 11, 211; vgl. auch Krauß, Die strafr. Problematik ... S. 17 und 41

Aus § 80 StPO ergibt sich eindeutig, daß dem Sachverständigen kein eigenes Vernehmungsrecht zusteht. Das bedeutet aber gleichfalls, daß dem Sachverständigen auch selbständige "Befragungen" oder "Anhörungen" verboten sind, sofern sie sich für den Beschuldigten als Vernehmung darstellen. Denn wenn auch Befragungen durch den Sachverständigen keine Vernehmungen im Sinne des Verfahrensrechts sind [1], so stellen sie doch tatsächlich nichts anderes dar [2]. In die Form einer Befragung durch den Sachverständigen gekleidete Vernehmungen sind unzulässig. Gleichfalls muß es als unzulässig angesehen werden, wenn der Richter den Beschuldigten dem Sachverständigen zur Befragung in seiner Abwesenheit "überläßt". Für eine solche Ermächtigung zur Vernehmung fehlt jede Rechtsgrundlage.

Der Sachverständige hat somit kein Vernehmungsrecht.

Zulässig sind nur Fragen des Sachverständigen über den Tathergang, sofern sie für den Sachverständigen eine wichtige Erkenntnisquelle hinsichtlich seines Gutachtenauftrags darstellen. Eine genaue Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen des Sachverständigen erscheint nicht möglich. Zu weitgehend ist allerdings der Satz des Bundesgerichtshofes in einem Urteil vom 13.12.1951 [3], daß eine Anhörung des Beschuldigten über die Tat auch zur Beschaffung von tatsächlichen Unterlagen für die Erstattung des Gutachtens zulässig sei. Hier muß unterschieden werden zwischen Tatsachen, die der Sachverständige wegen der gegebenen Untersuchungssituation oder aufgrund seiner Fachkenntnis nur selbst durch Fragen ermitteln und solchen, die ebensogut der Richter im Rahmen einer Vernehmung feststellen kann. Solche tatsächlichen Unterlagen für das Gutachten, die auch der Richter ermitteln könnte, muß der Sachverständige auch durch diesen - gegebenenfalls in seinem Beisein - fest-

---

1) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 3a

2) man vergl. nur die synonym gebrauchten Wendungen "Vernehmung durch den Arzt" und "Befragung durch den Arzt" bei Dahs/Wimmer NJW 60, 2218 und Gollwitzer in Löwe - Rosenberg § 252 Anm. 8, der den Sachverständigen als eine "Verhörsperson" bezeichnet.

3) zit. bei Dalcke § 80 StPO Anm. 4

stellen lassen. Er selbst darf lediglich im Verlauf einer Untersuchung die für ihn notwendigen und nur von ihm zu ermittelnden Angaben über die Tat erfragen.

Dem Sachverständigen völlig zu verbieten, sich mit dem Beschuldigten über dessen Beurteilung seines Verhaltens, seine Einstellung zur Tat, den Anlaß und die Motive dazu, sowie seinen körperlichen und geistigen Zustand zur Zeit der Tat zu unterhalten, würde bedeuten, daß kein Sachverständiger mehr in der Lage wäre, mit gutem Gewissen ein umfassendes und gesichertes Gutachten über die Persönlichkeit oder den Geisteszustand eines Beschuldigten abzugeben. Es reicht auch nicht aus, dem Sachverständigen Fragen zum Tatgeschehen lediglich im Beisein des Richters oder einer anderen zu einer Vernehmung berufenen Person (Staatsanwalt, Polizeibeamter) zu gestatten. Viele Gesichtspunkte, über die sich der Sachverständige im Rahmen seines Auftrags durch Fragen an den Beschuldigten Klarheit verschaffen muß, ergeben sich erst im Laufe einer Untersuchung und sind wegen der dabei gegebenen Untersuchungssituation zu einem späteren Zeitpunkt im Beisein eines Richters nicht mehr nachvollziehbar. Insofern sind dem Sachverständigen also eigene Ermittlungen über den Tatverlauf und die damit zusammenhängenden geistigen und körperlichen Vorgänge des Beschuldigten erlaubt.

Eine Ausnahme hiervon ist nur bei den üblichen Befragungen im Rahmen eines Alkoholtests zu machen. Sind Tests, die eine aktive Mitwirkung des Beschuldigten erfordern, nur bei Freiwilligkeit zulässig [1], so sollten wegen der möglichen Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten durch den Alkohol dem Sachverständigen bei der Entnahme einer Blutprobe auch Befragungen z.B. über Art und Menge des genossenen Alkohols grundsätzlich untersagt sein [2], um jeden Verstoß gegen § 136a StPO zu vermeiden.

---

1) vgl. oben III A 1 d

2) vgl. Dahs/Wimmer NJW 60, 2218; a.A. Eb. Schmidt NJW 62, 665

Das Verbot solcher Befragungen bringt auch keine prozessualen Nachteile wie etwa den Verlust eines Beweismittels mit sich, da solche Fragen später in nüchternem Zustand des Beschuldigten jederzeit nachholbar sind. Es besteht somit auch kein Bedürfnis nach einer solchen Befragung gerade durch den Sachverständigen.

Um die erlaubten Fragen des Sachverständigen nicht in eine "Befragung" = Vernehmung umschlagen zu lassen, empfiehlt sich folgendes Verfahren: sofern der Geisteszustand eines Beschuldigten zweifelhaft ist oder Anzeichen für eine abnorme Persönlichkeitsstruktur bestehen, ist möglichst umgehend eine richterliche Vernehmung des Beschuldigten in Anwesenheit eines Sachverständigen herbeizuführen. Dabei ist es dem Sachverständigen gem. § 80 II StPO zu gestatten, an den Beschuldigten Fragen zu stellen. Je nach Lage des Einzelfalles wird der Richter auch zu überlegen haben, ob er dem Sachverständigen vor der Vernehmung schon Anknüpfungstatsachen mitteilt, um ihm eine gewisse Grundlage für sachdienliche Fragen zu geben. Im Rahmen einer solchen richterlichen Vernehmung ist das Fragerecht des Sachverständigen nicht auf die Erforschung der Persönlichkeit des Beschuldigten beschränkt. Der Sachverständige kann auch Fragen über den Tathergang stellen. Es ist sogar für zulässig zu erachten, daß der Sachverständige bei einer solchen Vernehmung wegen seiner Sachkunde die wesentlichen Fragen stellt. Dabei betätigt sich der Sachverständige nicht als Strafverfolgungsorgan, sofern seine Fragen der Gewinnung von Anknüpfungstatsachen für ein mögliches Gutachten dienen. Der Richter darf sich jedoch die Leitung der Vernehmung nicht aus der Hand nehmen lassen [1] und hat den Sachverständigen insoweit zu kontrollieren und unzulässige Fragen (Suggestivfragen, Fragen die ausschließlich der Sachverhaltsaufklärung dienen) zurückzuweisen. Eine

---

1) vgl. Eb. Schmidt Lehrk. Teil II § 80 Anm. 1: "Das Recht der Fragestellung darf aber nicht dahin ausarten, daß die ganze Vernehmung des Beschuldigten an den Sachverständigen übergeht."

gewisse Großzügigkeit des Richters bei der Handhabung dieses Verfahrens ist hierbei durchaus zulässig, da wegen der Anwesenheit und Verantwortung des Richters die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens gewährleistet ist.

Ein solches Verfahren geht auch auf die von Sachverständigen [1] erhobene Forderung ein, möglichst schon bei der ersten Vernehmung eines Beschuldigten einen psychiatrischen oder psychologischen Sachverständigen hinzuzuziehen, vor allem, wenn es sich um Kapitalverbrechen handelt. Einleuchtend ist die Begründung dafür von Thomae und Schmidt [2], wenn sie ausführen, daß gerade für die Beurteilung des "Bewußtseinszustandes" bei der Tat, darüber hinaus aber für die bei Kapitalverbrechen oft schwer zu klärende Frage der Vorsatzbildung jede noch so vorsichtige Formulierungshilfe (im Stadium der Anfertigung des Protokolls) den Tatbestand ganz entscheidend verändern könne. Daß solche Formulierungshilfen üblich sind, weiß jeder, der einmal eine Aussage vor der Polizei gemacht hat.

Zieht man somit den Sachverständigen schon in einem frühen Verfahrensstadium hinzu, so erreicht man, daß diesem oder einem anderen Sachverständigen später unverfälschte Anknüpfungstatsachen vorgelegt werden, so daß sich für den mit der Erstattung des Gutachtens beauftragten Sachverständigen weniger die Notwendigkeit eigener Befragungen über den Tathergang zur Erlangung unverfälschter Aussagen des Probanden stellt.

Als letztes ist zu fordern, daß der Richter bei der Erteilung des Gutachtenauftrags an den Sachverständigen sich auch seiner Verpflichtung aus § 78 StPO bewußt ist. Er darf dem Sachverständigen nicht einfach die Akten übersenden mit dem Auftrag, über eine bestimmte Frage ein Gutachten zu erstellen. Der Richter muß den Sachverständigen über dessen verfahrensrechtliche Stellung aufklären [3]. Er muß ihm klar-

---

1) Thomae und Schmidt, Handb. d. Psychol. Bd. 11, S. 355; Stutte, MSchrKrim. 1972, 186 ff.

2) a.a.O.

3) Eb. Schmidt Nachtr. I § 78 Rdn. 4; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 78 Anm. 2; Krauß, ZStW 85, 325

machen, daß es nicht seine Aufgabe sei, den Strafverfolgungsbehörden bei der Tataufklärung zu helfen, daß er somit den Beschuldigten nicht "vernehmen" dürfe. Er muß ihn außerdem über die Vorschrift des § 136a StPO informieren. Vor allem soll er ihm die Möglichkeiten des § 80 I und II StPO darlegen, die unter Sachverständigen oft nicht hinreichend bekannt sind [1]. Im Fall des § 81 StPO wird es erforderlich sein, den Sachverständigen darauf aufmerksam zu machen, daß er für Eingriffe und Untersuchungen eine besondere Anordnung nach § 81a StPO benötigt.

Hat der so belehrte Sachverständige als Anknüpfungsmaterial die erwähnte richterliche Vernehmung unter Anwesenheit eines Sachverständigen, so sind ihm im Verlauf der Untersuchung ergänzende Fragen auch zum Tatverlauf gestattet. In dem dargestellten Rahmen sind also eigene Ermittlungen des Sachverständigen bei Befragungen und Untersuchungen des Beschuldigten erlaubt. Es kann dabei aber nicht oft genug betont werden, daß der Sachverständige nur die für die Erstattung des Gutachtens erforderlichen Tatsachen ermitteln darf. Er darf sich nicht als Strafverfolgungsorgan betätigen.

B. Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeiten in Form von Zeugenbefragungen und durch Einholen von Schulgutachten, Beiziehen der Akten von Jugendämtern und ähnlichen Schriftstücken

1 a) Es ist im Verlauf von Untersuchungen auf den Geisteszustand, von psychologischen Persönlichkeits- und von Glaubwürdigkeitsuntersuchungen üblich, daß die damit beauftragten Sachverständigen Eltern, Lehrer, Nachbarn und Freunde oder Bekannte des zu Untersuchenden über dessen Persönlichkeit befragen [2]. Außerdem pflegen sie zur Vorbe-

---

1) Sarstedt, Löwe - Rosenberg § 78 Anm. 2, bemerkt dazu, die Vorschrift des § 80 I StPO pflege unter Sachverständigen völlig unbekannt zu sein.

2) vgl. Langelüddeke, Ger. Psychiatrie, S. 10; Kohlhaas, Med. Sachv. 1960, S. 99; Krauß, ZStW 85, 326: BGH JR 62, 111 spricht von einer dahingehenden "Gepflogenheit" der Sachverständigen.

reitung ihres Gutachtens Akten von Jugendämtern, Berichte von Fürsorgern und Erziehungsheimen und Schulgutachten einzuholen, die sie dann dem Gutachten zugrundelegen.

Diese Praxis ist in verschiedener Hinsicht verfahrensrechtlich bedenklich. Einmal könnte darin ein Verstoß gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme [1] liegen, wenn der Sachverständige diese Auskünfte und Berichte in seinem Gutachten verwertet und das Gericht diese Tatsachen ohne weitere Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung übernimmt. Zum anderen könnten dabei die Vorschriften über die Belehrungspflichten, §§ 52, 55 II StPO, umgangen werden. Schließlich könnte ein solches Verfahren gegen die Regelung des § 80 StPO verstoßen.

b) Ob ein Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip vorliegt, läßt sich im Zeitpunkt der Einholung solcher Auskünfte und Berichte noch nicht sagen. Denn das Gericht hat in der Hauptverhandlung die Möglichkeit, die Auskunftspersonen oder die Verfasser der Berichte als unmittelbare Zeugen zu vernehmen. Außerdem käme eine prozeßrechtlich möglicherweise zulässige Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen [2] in Betracht.

Das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gibt insoweit für die Frage der Zulässigkeit der selbständigen Einholung solcher Auskünfte nichts her. Es läßt sich lediglich sagen, daß bei der Einholung und Verwertung von Leumundszeugnissen und Auskünften dritter Personen die Gefahr einer späteren Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips gegeben ist [3], und deshalb schon die Einholung rechtlich bedenklich erscheint. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Sachverständige in seinem Gutachten nicht ausdrücklich

---

1) Zum Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vgl. Peters, Lehrb. § 39

2) Zum Zeugen vom Hörensagen vgl. Eb. Schmidt, Lehrk. Teil I 2. Aufl. Rdn. 448 und S. 257, Fußn. 248

3) vgl. BGH NJW 51, 771; JZ 57, 228; JR 62, 111

die Berichte und Auskünfte erwähnt und das Gericht daher keine Möglichkeit hat, sich der unmittelbaren Beweismittel zu bedienen. Hinzu kommt, daß die Berichte oft anonym und die Personen, auf deren Wahrnehmungen sie beruhen, nicht mehr zu ermitteln sind, so daß diese nicht als Zeugen vernommen werden können [1]. Eine absolute Unzulässigkeit schon der Einholung solcher Informationen läßt sich jedoch aus dem Unmittelbarkeitsprinzip nicht ableiten. Aus dem Unmittelbarkeitsprinzip ergibt sich aber die Forderung an den Sachverständigen, in dieser Form ermittelte Tatsachen zu kennzeichnen und dem Gericht als solche vorzulegen, damit das Gericht die Auskunftspersonen in der Hauptverhandlung vernehmen kann. Sind die Verfasser von Berichten und Auskünften anonym, kann das Gericht den Sachverständigen auch anweisen, von solchermaßen ermittelten Tatsachen abzusehen und sie dem Gutachten nicht zugrundezulegen.

c) Eine Unzulässigkeit solcher eigener Ermittlungen könnte sich weiter aus der Gefahr einer Umgehung der Belehrungspflichten der §§ 52, 55 StPO ergeben.

Während der BGH [2] lediglich die Gefahr sieht, daß bei einem solchen Verfahren zeugnisverweigerungsberechtigte Personen ohne Belehrung darüber zu Aussagen veranlaßt werden, meint Sarstedt [3] sogar, Sachverständige pflegten, wenn sie selbständig Zeugen befragten, die Belehrungspflichten nicht zu kennen und nicht zu befolgen. In dieser Verallgemeinerung wird sich die Feststellung Sarstedts sicher nicht halten lassen, denn insbesondere Gerichtsmediziner und -psychologen, zumal wenn sie über eine gewisse forensische Erfahrung verfügen, werden die Belehrungspflichten durchaus kennen. Richtig ist aber, daß ein Sachverständiger in den meisten Fällen den Umfang und die Tragweite einer solchen Belehrungspflicht nicht ermessen kann und

---

1) BGH JR 62, 111

2) JR 62, 111

3) Löwe - Rosenberg § 80 Anm. 3a; vgl. auch Sarstedt, NJW 68, 180: "Sachverständige bedürfen eindringlicher Belehrung darüber, daß sie unter keinen Umständen Zeugen zu vernehmen haben. Wenn man ihnen das nicht einschärft, fragen sie die ganze Familie des Angeklagten aus, lauter Träger von Zeugnisverweigerungsrechten, und dadurch kommt es dann regelmäßig zu verfahrensrechtlichen Scherereien."

nicht immer weiß, ob auch ihn selbst eine solche Pflicht trifft, insbesondere bei der Belehrung nach § 55 StPO.

Es ist zu erwägen, ob man das Problem dadurch lösen könnte, daß man grundsätzlich auch dem Sachverständigen die Belehrungspflichten der §§ 52, 55 StPO auferlegt. Dieser Weg erscheint aber nicht gangbar. Zum einen müßten alle Sachverständigen umfassend über Funktion und Tragweite der Belehrungen unterrichtet werden. Anders als bei der Belehrung nach § 136 StPO steht im Falle des § 55 StPO nicht das absolute Schweigerecht des Betroffenen in Frage. Auch können hier Schwierigkeiten und Zweifelsfälle auftreten (Zeugnisverweigerungsrecht des unehelichen Kindes, Verwandtschaftsgrad ...). Zum anderen würde man mit der Übertragung dieser Belehrungen auf den Sachverständigen diesem auch die Entscheidung darüber übertragen, ob bei einem minderjährigen Zeugen wegen der fehlenden Einsichtsfähigkeit die Eltern oder der gesetzliche Vertreter zu belehren sind [1]. Wegen dieser Schwierigkeiten ergeben sich Bedenken gegen eine Übertragung der Belehrungspflichten der § 52, 55 StPO auf den Sachverständigen. Wenn man jedoch überhaupt in gewissem Umfang die selbständige Befragung von Zeugen durch den Sachverständigen zuläßt, so muß man dem Sachverständigen auch Belehrungspflichten auferlegen.

Aus dem Gesichtspunkt der Umgehung der Belehrungspflichten oder ihrer unzureichenden Handhabung durch den Sachverständigen ergeben sich jedenfalls auch Bedenken gegen die Zulässigkeit selbständiger Zeugenbefragungen. Dieser Gesichtspunkt trägt allerdings nicht bei Personen, denen kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht.

d) Bedenken gegen selbständige Zeugenbefragungen ergeben sich auch daraus, daß der Sachverständige möglicherweise die strengen Regeln der Beweisaufnahme nicht beachtet, etwa auch die Vorschrift des § 136a StPO. Dagegen läßt sich einwenden, daß die Gefahr einer Verletzung des § 136a StPO auch bei Untersuchungen und Eingriffen gegeben ist, zu denen

---

1) vgl. Löwe-Rosenberg (Kohlhaas) § 52 Anm. 4c; nach dem Entwurf eines 1. StrVRG (BT-Drucksache VII/551) soll § 52 dahingehend erweitert werden.

ein Sachverständiger herangezogen wird. Es ist aber festzuhalten, daß die verfahrensrechtlichen Garantien, die eine richterliche Vernehmung bietet, nicht ohne weiteres auch bei einer Befragung durch den Sachverständigen gewährleistet sind. Die Vorschriften über die Zeugenvernehmung (z.B. § 68 ff) pflegt ein Sachverständiger sicher nicht zu kennen und zu befolgen. Auch aus diesem Grund muß man Bedenken gegen die Zulässigkeit selbständiger Zeugenbefragungen durch den Sachverständigen haben.

2 a) Die herrschende Meinung [1] zieht aus den genannten Bedenken und wegen der Gefahren für die Wahrheitsfindung den Schluß, daß nicht nur die Verwertung im Gutachten, sondern schon die selbständige Zeugenbefragung und Einholung von Schulgutachten und ähnlichen Schriftstücken unzulässig sei. Aus § 80 StPO ergebe sich, daß der Sachverständige ebenso wie gegenüber dem Beschuldigten auch gegenüber Zeugen kein eigenes Vernehmungsrecht habe. Damit seien auch selbständige "Befragungen" verboten. Allerdings wird dieses Verbot eigener Ermittlungstätigkeit nur auf "Vernehmungen" im verfahrenstechnischen Sinne beschränkt. Daraus will Cabanis [2] die Zulässigkeit der Befragung von Auskunftspersonen durch den Sachverständigen ableiten. Er schreibt: "1. Wir lehnen aus berufsethischen und rechtlichen Gründen eine wie immer geartete Ermittlungstätigkeit des Arztes ab. 2. Wir verstehen die Strafprozeßordnung so ..., daß der medizinische Sachverständige nicht dem Kreis der Vernehmungspersonen angehört und eine Befragung von Beschuldigten oder Auskunftspersonen durch ihn infolgedessen auch keine Vernehmung sein kann." Dagegen muß eingewandt werden, daß dies eine zu formale Betrachtungsweise ist. Es kann nicht geleugnet werden, daß Zeugenbefragungen ebenso wie Befragungen des Beschuldigten [3] durch den Sachverständigen materiell eine Vernehmungstätigkeit darstellen. Aus § 80 StPO ergibt sich, daß der Sachver-

---

1) BGH 5 StR 83/68 v. 7.5.1968, zit. bei Heinitz, Festschr. für Engisch S. 693; BGH JR 62, 111; BGHSt 9, 292; Bremer, Der Sachv. S. 152; Jessnitzer, Der ger. Sachv. S. 152; Eb. Schmidt § 78 Rdn. 4 und JZ 57, 229

2) MMW 69, 2235

3) vgl. S. 34

ständige keine selbständigen Vernehmungen durchführen darf. Diese Regelung kann man nicht dadurch umgehen, daß man statt "Vernehmung" das Wort "Befragung" gebraucht und diese dann - da keine "Vernehmung" - für zulässig hält [1]. Die herrschende Meinung untersagt es dem Sachverständigen zwar, selbständig Zeugen zu vernehmen oder "auszufragen", sie läßt aber eine mehr oder weniger weitgehende sogenannte "vorbereitende Befragung" als mit § 80 StPO vereinbar zu [2].

aa) Unter vorbereitender Befragung versteht die herrschende Meinung, daß der Sachverständige informatorisch ausfindig macht, wer als Zeuge in Betracht kommt, um diesen dann gem. § 80 StPO durch den Richter vernehmen zu lassen. Der Sachverständige habe sich dabei wegen der Gefahren für die Wahrheitsfindung, die auch bei vorbereitender und informatorischer Befragung von Zeugen, dem Studium von Akten der Fürsorgeämter und Auskunftsersuchen bei Dritten auftreten könnten, auf rein informatorische Fragen im strengen Sinne zu beschränken, die ihm zeigen sollten, wo er Material gewinnen könne [3].

bb) Der BGH hatte in einem Urteil vom 7.6.1956 [4] noch ausgeführt, daß die erwähnten Gefahren für die Wahrheitsfindung eine vorbereitende Befragung durch den Sachverständigen nicht ausschlössen. In Betracht kämen insoweit etwa Mitteilungen von Angehörigen, von Lehrern und auch von Behörden. Um welche Art von Mitteilungen es sich dabei handeln soll und wo die Grenzen einer vorbereitenden Befragung zu ziehen sind, läßt der BGH offen. In den Urteilen vom 7.5. 1968 [5] und vom 14.11.1961 [6] erwähnt der BGH die Zulässig-

---

1) Gegen Cabanis vgl. auch Krauß ZStW 73, 327 Fuß. 17

2) BGHSt 9, 296; Peters, Lehrb. S. 311; KMR Vorbem. 2 vor § 72; kritisch Jessnitzer, Der ger. Sachv. S. 152; Ligges, Diss. Münster 1963, S. 166 will aus Gründen der Praktikabilität sogar die Selbstbeschaffung der Anknüpfungstatsachen durch den Gutachter zulassen. Dem ist entgegenzuhalten, daß rechtsstaatliche Grundsätze (Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme) nicht aus möglichen Praktikabilitätsgründen durchbrochen werden dürfen.

3) KMR Vorbem. 2 vor § 72; Panhuysen S. 81.

4) BGHSt 9, 292

5) BGH 5 StR 83/68 zit. b. Heinitz a.a.O.

6) JR 62, 111

keit einer vorbereitenden Befragung nicht mehr und verweist den Sachverständigen auf den "verfahrensrechtlich einwandfreien Weg des § 80 StPO". Ob der BGH damit im Gegensatz zu dem Urteil vom 7.6.56 [1] nunmehr auch eine vorbereitende Befragung nicht mehr gestatten will, erscheint jedoch zweifelhaft, da der BGH das frühere Urteil nicht erwähnt oder ausdrücklich die frühere Ansicht aufgibt. Zudem hält die herrschende Meinung die vorbereitende Befragung für mit § 80 StPO vereinbar. Der vom BGH vorgeschriebene "verfahrensrechtlich einwandfreie Weg des § 80 StPO" ist deshalb so zu interpretieren, daß der Sachverständige zunächst eine vorbereitende Befragung durchführen darf, um dann gegebenenfalls einen Antrag auf Zeugenvernehmung nach § 80 I StPO zu stellen.

Weitergehend vertritt Peters [2] die Ansicht, daß es trotz des Verbots eigener Vernehmungen für zulässig zu erachten sei, daß der Sachverständige sich in "angemessenem, nicht allzu weiten Umfang" Grundlagen für seine Begutachtung selbst verschaffe, wie es bei Gutachten über den Geisteszustand oder die Glaubwürdigkeit in der Praxis weitgehend geschehe. Damit geht Peters anscheinend noch über eine vorbereitende Befragung hinaus. Der Hinweis, daß dies in der Praxis weitgehend üblich sei, vermag diese Auffassung nicht zu tragen. Sie führt zu einer Unsicherheit über die Grenzen einer zulässigen Befragung durch den Sachverständigen. Der Sachverständige selbst vermag zumeist nicht zu entscheiden, ob seine Tätigkeit sich in dem "angemessenen, nicht allzu weiten Umfang" hält, den Peters für zulässig erachtet, für den er dem Sachverständigen aber keinerlei Anhaltspunkte gibt. Aus der Auffassung von Peters spricht ein gewisses Vertrauen, daß der Sachverständige seine Grenzen schon kennen und einhalten werde. Dieses Vertrauen erscheint allerdings angesichts so mancher schlechten Erfahrung in diesem Fall nicht am Platz [3].

---

1) BGHSt 9, 292 = JZ 57, 227

2) Lehrbuch S. 311

3) vgl. die Ergebnisse von Panhuysen S. 91ff; siehe auch Eb. Schmidt u. K. Schneider SJZ 49, 450ff; Sarstedt NJW 68, 180 a.E. und Löwe - Rosenberg § 80 Anm. 3a

Noch etwas weiter als Peters geht Heinitz [1], der die Auffassung des BGH als zu starr und für den Sachverständigen nicht praktikabel verwirft. Viel zu weit gehend ist die Ansicht von Kohlhaas [2] der meint, wenn die Auskunftsperson richterlich belehrt worden sei, könne der Sachverständige diese explorieren lassen, "so viel er wolle". Für ein solches Recht des Sachverständigen fehlt jede gesetzliche Grundlage. Auch läßt sich das aus dem Urteil des BGH (BGHSt 11, 97), auf das sich Kohlhaas bezieht, nicht entnehmen. Heinitz ist der Meinung, der allein auf den Weg des § 80 StPO angewiesene Sachverständige sei nicht in der Lage, festzustellen, welche Anknüpfungstatsachen für ihn von entscheidender Bedeutung sein müßten. Zumindest eine vorbereitende Befragung müsse zulässig sein, da andernfalls der Sachverständige gar nicht in der Lage sei, sachdienliche Anträge auf Vernehmung gem. § 80 StPO überhaupt zu stellen.

Habe man aber einmal erkannt, daß der Weg des § 80 StPO unpraktisch und unergiebig sei, so würde man eine elastischere Auslegung vorziehen, als die herrschende Meinung es tue, und es in das pflichtgemäße Ermessen des Sachverständigen stellen, wie weit er seine Vorermittlungen erstrecken müsse. Da eine Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen zulässig sei, könne der Sachverständige auch alle Tatsachen, die er bei seinen Ermittlungen erfahren habe, rechtlich einwandfrei in den Prozeß einführen.

Außerdem weist Heinitz neben der nach seiner Ansicht bei strenger Anwendung des § 80 StPO zu erwartenden Mehrbelastung der Gerichte darauf hin, daß es nicht möglich sei, bei einer amtlichen Vernehmung vor Gericht diejenige Atmosphäre zu schaffen, in der dem Sachverständigen hinreichend Auskünfte gegeben würden [3].

---

1) Festschrift für Engisch S. 702

2) Med. Sachv. 1960, S. 100

3) Heinitz a.a.O. S. 697

b) Auf dieses Argument von Heinitz soll zuerst eingegangen werden. Ist es wirklich nicht möglich, vor Gericht oder im Rahmen einer richterlichen Vernehmung eine Atmosphäre zu schaffen, die insbesondere kindlichen und jugendlichen Zeugen die Scheu und Beklommenheit nimmt, die sie an einer Aussage hindern? Heinitz scheint mehr Vertrauen in das Einfühlungsvermögen eines Sachverständigen zu haben als in das eines Richters. Dem muß entgegengehalten werden, daß es ohne weiteres möglich ist, auch im Gericht eine unbefangene und ungezwungene Atmosphäre zu schaffen. Ein sehr gutes Beispiel dafür wurde der Tagespresse entnommen [1].

In einem Strafverfahren vor der Jugendkammer des Landgerichts Göttingen, in dem es auf die Aussage einer kindlichen Zeugin als Opfer eines Sittlichkeitsverbrechens ankam, wurde auf die beeindruckenden Attribute der feierlichen schwarzen Roben und der Vernehmung vom hohen Richtertisch herunter verzichtet. Bevor das achtjährige Mädchen als Zeugin in den Gerichtssaal gerufen wurde, zogen der Vorsitzende der Kammer, die Beisitzer, der Staatsanwalt, der Verteidiger und selbst der Protokollführer ihre schwarzen Roben aus. Das Gericht begab sich vom Podest mit dem Richtertisch hinunter in den Saal und nahm dort an einem Tisch Platz, um so mit dem Kind in vertrauenerweckendem Zivil und in aufgelockerter Runde zu sprechen.

Es ist nicht einzusehen, warum diesem Verfahren die Atmosphäre im Institut oder in der Ordination eines Psychologen oder Psychiaters vorzuziehen sein soll. Den erforderlichen Ernst der Sache wird auch der Sachverständige betonen müssen. Der Vorzug einer Befragung durch den Sachverständigen in der Atmosphäre eines Instituts kann dann aber nur darin liegen, daß der Zeuge zu dem Sachverständigen eher Vertrauen faßt als zum Richter. Dieses Vertrauen wird aber in vielen Fällen das Vertrauen des Patienten zum Arzt sein, das auch auf die Verschwiegenheit des Arztes gerichtet ist. Ein solches Vertrauen und eine solche Atmosphäre sind wegen der Gefahr einer Verletzung des § 136a StPO in Form der Täuschung gerade nicht erstrebenswert [2]. Auch zwischen

---

1) Göttinger Allgemeine vom 28.2.73

2) vgl. S. 24 ff.

dem Richter und dem Beschuldigten oder Zeugen sollte die Begründung eines Vertrauensverhältnisses erstrebt werden [1], das es dem Richter ermöglicht, ein gerechtes Urteil zu fällen. In der Atmosphäre eines Instituts oder einer Ordination ist eher ein Nachteil für die Wahrheitsfindung als ein Vorzug vor einer richterlichen Vernehmung zu sehen.

Es wäre zudem nichts damit gewonnen, daß ein Zeuge nur vor dem Sachverständigen Angaben macht. Auf die Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung könnte in vielen Fällen dennoch nicht verzichtet werden, da die vor dem Sachverständigen gemachten Angaben bei einer Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung in der Regel wegen § 252 StPO nicht verwertet werden könnten [2]. Einen nicht zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen trifft aber die gesetzliche Zeugnispflicht, so daß er vor Gericht aussagen muß.

Das Verhalten der Jugendkammer des Landgerichts Göttingen ist kein Einzelfall. Angesichts der erwähnten schlechten Erfahrungen erscheint es deshalb im Gegensatz zu der Auffassung von Heinitz angebracht, mehr dem Einfühlungsvermögen des Richters (der als Jugendrichter über Erfahrungen im Umgang mit kindlichen oder jugendlichen Zeugen verfügt) zu vertrauen als dem Sachverständigen, der die verfahrensrechtlichen Schranken seines Tuns oft nicht kennt. Die laut Heinitz aussagefördernde Atmosphäre bei einer Befragung durch einen Sachverständigen kann somit nicht als Argument für die Zulässigkeit selbständiger Zeugenbefragungen des Sachverständigen verwendet werden, es sprechen im Gegenteil gewichtige Bedenken gegen eine solche Auffassung.

Es fragt sich ferner, womit Heinitz sein Vertrauen begründet, der Sachverständige werde seine Grenzen schon kennen und einhalten. Es in das Ermessen des Sachverständigen zu stellen, wie weit er seine Vorermittlungen erstrecken müsse, ist vom Standpunkt der Rechtssicherheit und der

---

1) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 76 Anm. 4

2) Auf die Frage, ob in bestimmten Fällen der Sachverständige dennoch als Zeuge vom Hörensagen vernommen werden kann, soll später noch näher eingegangen werden.

Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens ein sehr bedenklicher Weg. Wenn erfahrene Praktiker wie Sarstedt [1] davon ausgehen, daß Sachverständigen die Vorschrift des § 80 I StPO völlig unbekannt sei, und daß sie die Belehrungspflichten nicht zu kennen pflegten, so kann doch nicht erwartet werden, der Sachverständige werde sein pflichtgemäßes Ermessen immer in verfahrensrechtlich korrekter Weise ausüben. Diese Bedenken sprechen dafür, entgegen Heinitz keine "elastischere Auslegung" vorzuziehen, sondern die Vorschrift des § 80 StPO wort- und sinngetreu auszulegen.

Dabei ist zu untersuchen, womit die Vereinbarkeit einer "vorbereitenden Befragung" mit § 80 StPO begründet werden kann. § 80 Abs. 1 besagt, daß der Sachverständige kein eigenes Vernehmungsrecht besitzt und nur eine Vernehmung von Zeugen oder Beschuldigten durch die dazu berufenen Personen verlangen kann. § 80 Abs. 2 gibt dem Sachverständigen dann im Rahmen solcher Vernehmungen ein Anwesenheits- und Fragerecht. Eine "vorbereitende Befragung" durch den Sachverständigen ist nicht vorgesehen. Aus § 80 StPO läßt sich auch keine Rechtsgrundlage dafür herleiten, daß der Richter etwa den Sachverständigen zu einer vorbereitenden oder weitergehenden Befragung ermächtigen könnte [2]. Legt man den § 80 StPO streng am Wortlaut aus, so ergibt sich eigentlich der Schluß, daß wenn ein Fragerecht nur im Rahmen einer amtlichen Vernehmung besteht, damit ein solches außerhalb einer Vernehmung ausgeschlossen ist.

Dieser Schluß wird aber von der ganz herrschenden Meinung nicht gezogen [3]. Auf den ersten Blick erscheint die Argumentation, der Sachverständige müsse doch erst einmal feststellen, wer als Zeuge in Betracht komme, wer also etwas wesentliches über die Persönlichkeit des Beschuldigten zu sagen habe, um überhaupt sachdienliche Anträge nach § 80 StPO stellen zu können [4], durchaus einleuchtend. Aber es muß gefragt werden, warum diese vorbereitenden Er-

---

1) Löwe - Rosenberg § 78 Anm. 2

2) vgl. Stransky, Kriminalbiologische Gegenwartsfr. H.5, S. 17; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 5 a.E.

3) BGHSt 9, 296; KMR Vorbem. 2 vor § 72; Peters, Lehrb. S. 311

4) KMR a.a.O.; Heinitz, Engisch-Festschr. S. 702

mittlungen darüber, wer insoweit als Zeuge in Betracht kommt, nicht von den dazu doch eigentlich berufenen Strafverfolgungsbehörden durchgeführt werden können. Anders liegt es selbstverständlich bei Tatsachen, die nur der Sachverständige aufgrund seiner Sachkunde ermitteln kann. Die Feststellung solcher Tatsachen bleibt dem Sachverständigen überlassen [1]. Bei den Angaben der Zeugen über die Persönlichkeit des Beschuldigten oder eines anderen Zeugen handelt es sich aber in der Regel um bloße Tatsachenmitteilungen, deren Entgegennahme keine besondere Sachkunde erfordert.

Auch der Sachverständige muß zunächst einmal die Eltern, Lehrer, Erzieher, Freunde und Nachbarn ausfindig machen, bevor er sie über die zu untersuchende Person befragen kann. Dies ist aber eine typische Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden. Sie verfügen dazu über größere Erfahrung, geeignetere Methoden und vor allem über mehr dazu ausgebildetes Personal als der gerichtliche Sachverständige. Ebenso steht es mit der vorbereitenden Befragung. Warum soll nicht der Richter oder der Staatsanwalt die Eltern und Bekannten des zu Untersuchenden vernehmen oder für den Fall, daß diese nichts für den Sachverständigen wesentliches auszusagen haben, von einer Vernehmung absehen? Das Gericht ist aufgrund seiner Aufklärungspflicht aus § 244 II StPO dazu sogar verpflichtet. Die Aufklärungspflicht des § 244 II ist ein das ganze Verfahren beherrschendes Gebot [2]. Sie erstreckt sich auf alle sachlich- und verfahrensrechtlich erheblichen Tatsachen. Dazu gehören auch Umstände, die für die Beurteilung der Persönlichkeit des Beschuldigten oder für die Strafzumessung von Bedeutung sind [3].

Es ist einleuchtend, daß Auskünfte und Ansichten von dritten Personen, die Kontakt mit dem Probanden hatten, für den Sachverständigen bei seiner Begutachtung der Persönlichkeit wertvoll sein können. Langelüddeke [4] schildert an zwei Beispielen sehr eindrucksvoll, daß von solchen Auskünften

---

1) Eb. Schmidt JZ 57, 229

2) Löwe - Rosenberg (Gollwitzer) § 244 Anm. III (S. 1262)

3) Löwe - Rosenberg (Gollwitzer) § 244 Anm. III 1 (S. 1264)

4) Gerichtliche Psychiatrie S. 9, 10

manchmal die Diagnose abhängt und ein Gutachter ohne solche Angaben nicht auskommen kann. Er hält sie vom psychiatrischen Standpunkt aus für geboten.

Daß auch für die psychologische Begutachtung einer Person die Erforschung des Lebenslaufes, die schulische Entwicklung und die Angaben von Eltern und Freunden eine wesentliche Rolle spielen [1], ist nicht zu bezweifeln. Der Sachverständige soll nach der hier vertretenen Lösung auch nicht auf dieses wichtige Anknüpfungsmaterial verzichten. Es soll auch nicht die Arbeit des Sachverständigen erschwert oder gar der verminderten Heranziehung von Sachverständigen das Wort geredet werden. Es sollen lediglich die verfahrensrechtlichen Schranken sachverständiger Tätigkeit herausgearbeitet werden.

Der Sachverständige sollte gem. § 80 II StPO bei den richterlichen Vernehmungen der Zeugen anwesend sein, und zwar von der ersten, vorbereitenden Befragung an, so daß er aufgrund seiner Sachkunde und mit Hilfe eigener Fragen an die Zeugen feststellen kann, ob sie etwas wesentliches zu sagen haben. Der Sachverständige hat dabei die Gelegenheit, alle für die Vorbereitung des Gutachtens notwendigen Einzelheiten zu erfragen. Ein solches, mit § 80 StPO im Einklang stehendes Verfahren ist gegenüber der vorbereitenden Befragung durch den Sachverständigen, wie sie von der herrschenden Meinung gefordert wird, weniger umständlich, denn die "vorbereitende" Befragung durch den Sachverständigen, die sich auf die Sache selbst, bzw. die Angaben über die Persönlichkeit des Probanden nicht erstrecken darf ("rein informatorisch"), zieht noch eine richterliche Vernehmung nach sich. Der Zeuge wird also zweimal befragt, bzw. vernommen. Demgegenüber hat das hier vorgeschlagene Verfahren den Vorteil, daß der Zeuge nur einmal vom Richter in Anwesenheit des Sachverständigen vernommen oder befragt wird. Daß die so gewonnenen Anknüpfungstatsachen für den Sachverständigen weniger wertvoll wären, weil er die Zeugen nicht zuvor allein "vorbereitend befragt" hat, kann sicher nicht gesagt werden.

---

1) vgl. Redelberger NJW 65, 1992

Es läßt sich auch nicht dagegen einwenden, daß dieses Verfahren eine unerträgliche Mehrbelastung der Gerichte mit sich bringe [1]. Eine gewisse Mehrbelastung der Gerichte oder der Staatsanwaltschaft kann nicht dadurch abgewendet werden, daß man richterliche Aufgaben auf dazu nicht berufene und nicht ausgebildete Sachverständige überträgt. Außerdem ist die Mehrbelastung der Gerichte gering, denn es handelt sich nur um die Fälle, in denen jetzt der Richter oder Staatsanwalt anstelle des Sachverständigen nach "vorbereitender Befragung" feststellt, daß der Zeuge über den Beschuldigten nichts auszusagen hat. Die Vorteile dieses Verfahrens, die darin liegen, daß die verfahrensrechtlichen Garantien der Beweisaufnahme gewährleistet bleiben, keine Gefährdung des Unmittelbarkeitsprinzips droht und keine Umgehung der Belehrungspflichten zu befürchten ist, wiegen diese geringe Mehrbelastung bei weitem auf. Dazu kommt noch, daß durch die hier vorgeschlagene Lösung die Verfahrensverstöße von Sachverständigen vermindert werden und von daher die Gerichte sogar entlastet werden.

Vor allem aber werden die Gefahren für die Wahrheitsfindung vermieden, die von der herrschenden Meinung erst gesehen werden, wenn der Sachverständige über eine "vorbereitende" Befragung hinausgegangen ist, Ergebnisse unzulässig verwertet hat und ein Verfahrensverstoß vorliegt. Der Sachverständige vermag die Grenze zwischen vorbereitender Befragung und unzulässiger Zeugenbefragung nicht zu ziehen, zumal sich die Juristen selbst darüber nicht einig sind.

Nicht nur bei selbständigen Zeugenbefragungen durch den Sachverständigen besteht die Gefahr eines Verstoßes gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, schon die "rein informatorische" Tätigkeit birgt diese Gefahren in sich. Der Sachverständige wird es in der Praxis für umständlich [2] und überflüssig halten, wenn er bei einer vorbereitenden Befragung festgestellt hat, daß der Zeuge wesentliche Angaben über die Persönlichkeit des Probanden zu machen hat, die Befragung abzubrechen und eine richterliche

---

1) so Heinitz, Engisch-Festschrift S. 697

2) so Heinitz, Engisch-Festschrift S. 702

Vernehmung zu beantragen. Er wird vielmehr den Zeugen selbst befragen und dessen Angaben mit als Grundlage für das Gutachten verwerten. Es kann ebenso geschehen, daß der Sachverständige die Aussagen eines vorbereitend Befragten zunächst nicht für bedeutsam hält und keine richterliche Vernehmung beantragt, später aber aufgrund neuer Gesichtspunkte die Angaben dennoch - möglicherweise unbewußt - bei seiner Diagnose verwertet. Auch wird der Sachverständige aufgrund seiner medizinisch - therapeutischen Denkweise häufig das aus seiner Sicht Erforderliche auch für prozessual zulässig halten und verfahrensrechtlich unzulässige Fragen stellen [1].

Ähnlich liegt es mit der Heranziehung und Verwertung der erwähnten Schriftstücke. Wenn sie nicht verwertet werden dürfen, darf sie der Sachverständige auch nicht seinem Gutachten zugrundelegen. Das bedeutet aber, daß er sie auch nicht selbständig einholen darf. Ist es für einen Richter schon äußerst schwierig, ein für die Urteilsfindung unverwertbares Aktenstück "schlicht zu vergessen" [2], so wird es einem mit diesen Dingen nicht vertrauten Sachverständigen nahezu unmöglich sein, den Inhalt eines solchen Schriftstücks bei seiner Wertung völlig unberücksichtigt zu lassen. Auch Heinitz [3] erwartet von dem Sachverständigen nicht, daß er die Auslegung des § 256 StPO kennt, wohl aber, daß er sich mit aller Gewissenhaftigkeit klarmache, was auf eigene Beobachtung des Probanden zurückgehe und was er aus Umständen schließe, die ihm aus fremden Ermittlungen bekannt geworden seien. Damit wird aber dem Sachverständigen zuviel Rechtskenntnis und zuviel an rechtlicher Wertung zugemutet.

Alle diese Gefahren lassen sich ausräumen, wenn man dem Sachverständigen die Einholung solcher Schriftstücke und die vorbereitende Befragung von Auskunftspersonen untersagt und dies dem nach § 244 II StPO dazu gesetzlich verpflichteten Gericht oder den Strafverfolgungsbehörden (vgl. §§ 155 II, 160 II, III, 163 StPO) überläßt. Aufgabe des Sachverständigen ist es dabei, den Richter und die

---

1) Sarstedt NJW 68, 180 und Beiträge z. gerichtl. Medizin 1969, S. 21 a.E.; Eb. Schmidt, Lehrk. II, Nachtrag 1, § 78 Erl. 4

2) vgl. Sarstedt, Beitr. z. ger. Med. S. 21

3) Engisch - Festschrift S. 703

Strafverfolgungsorgane auf die Notwendigkeit solcher Auskünfte hinzuweisen und ihre Einholung zu beantragen. Es ist nicht einzusehen, warum es kein sachdienlicher Antrag nach § 80 StPO sein soll, wenn der Sachverständige die Einholung von Angaben über die Persönlichkeit des Probanden durch Vernehmung von Eltern, Erziehern, Freunden, durch Erforschung des Lebenslaufes und Einholung von Schulgutachten beantragt und dabei die Ermittlung dieser Personen dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft und ihren Hilfsbeamten überläßt. Ein Antrag nach § 80 StPO erfordert insoweit nicht, daß der Sachverständige diese Personen ausfindig macht und sie namentlich angibt.

Daß dadurch die Wahrheitsfindung im Strafprozeß unerträglich eingeschränkt sei [1], kann nicht gesagt werden. Es werden dem Sachverständigen keinerlei Anknüpfungstatsachen vorenthalten. Das schränkt die Wahrheitsfindung nicht ein, sondern gewährleistet im Gegenteil die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens.

Es bleibt noch zu fordern, daß der Richter oder Staatsanwalt, der den Sachverständigen beauftragt, diesen auch auf diese Rechtslage gem. § 78 StPO hinzuweisen hat. Er hat ihm auch in dieser Hinsicht die Vorschrift des § 80 StPO zu erläutern und ihn anzuhalten, sich strikt an den Weg des § 80 StPO zu halten.

---

1) so Heinitz a.a.O. S. 699

C. Das Problem des kriminalistischen "Jagd- oder Verfolgungseifers" von Sachverständigen bei der Vorbereitung des Gutachtens

1. Die in der Öffentlichkeit besonders bekannt gewordenen Fälle Rohrbach und Hetzel [1], in denen Sachverständige eine wesentliche Rolle gespielt haben, geben Anlaß zu der Frage, wie dem über den eigentlichen Auftrag hinausgehenden, teilweise durchaus verständlichen kriminalistischen Verfolgungseifer von Sachverständigen begegnet werden kann [2]. Die Fälle Rohrbach und Hetzel haben deutlich gezeigt, wie gefährlich es ist, wenn Sachverständige bei ihren Untersuchungen voreilige Schlüsse ziehen und kriminalistische Hypothesen aufstellen, die sie dann bei ihrer weiteren Arbeit zugrundelegen und schließlich im Gutachten verwerten. Diese, dann im Gutachten noch durch wissenschaftliche Ausdrucksweise verbrämten Hypothesen können auf die Überzeugungbildung des Gerichts einen unheilvollen Einfluß ausüben.

So folgte das Gericht im Fall Hetzel dem Gutachter darin, daß der Angeklagte das Opfer mit einer Art "Kälberstrick" erdrosselt habe. Der Sachverständige war auf diesen Gedanken gekommen, da er wußte, daß der Angeklagte von Beruf Metzger war.

Im Fall Rohrbach stellte der Gutachter die Hypothese auf, der Kopf des Opfers sei von der Täterin im Küchenherd verbrannt worden und legte diese Hypothese bei den weiteren Untersuchungen zugrunde. Diese voreilige Schlußfolgerung des Sachverständigen wurde in dem weiteren Verfahren mehr und mehr als feststehend angesehen und es wurde fast völlig übersehen, daß es sich lediglich um eine vom Sachverständigen aufgestellte Hypothese handelte. Als der Kopf später gefunden wurde, mußte das Urteil, das zum großen Teil auf

---

1) vgl. die Darstellung der Fälle Fohrbach (Nr. 1000) und Hetzel (Nr. 1142) bei Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 1, S. 105-137 und Bd. 2, S. 168

2) Zwar handelte es sich in beiden Fällen nicht um psychiatrische oder psychologische Sachverständige, die Problematik taucht jedoch bei der Tätigkeit des Psychiaters oder Psychologen ebenfalls auf.

der Hypothese des Sachverständigen basierte, aufgehoben werden, obwohl die Beweismittel ohne diese Annahme wahrscheinlich auch zu einer Verurteilung ausgereicht hätten [1]. Ähnlich lag es im Fall Rohrbach auch mit der Annahme einer Thallium-Vergiftung des Opfers und der vom Sachverständigen angenommenen Art und Weise der Giftbeibringung [2].

Diese beiden Fälle haben deutlich gemacht, wie gefährlich es für die Wahrheitsfindung sein kann, wenn die im Ermittlungsverfahren hinzugezogenen Sachverständigen kriminalistische Hypothesen über den Tathergang entwickeln, die sie später nicht deutlich als bloße Hypothesen ausweisen. Besonders der Fall Rohrbach zeigt aber auch die Gefahr auf, die darin liegt, daß die im Ermittlungsverfahren tätig gewordenen Sachverständigen später auch als gerichtliche Sachverständige in der Hauptverhandlung auftreten. Arndt [3] rügte mit Recht aus Anlaß des Rohrbach-Falles die "falsche Selbstverständlichkeit", der von der Polizei oder der Staatsanwaltschaft zugezogene Sachverständige müsse auch der gerichtliche sein. Der von der Staatsanwaltschaft beauftragte Sachverständige, insbesondere wenn er durch dauernde Heranziehung die Stellung eines "Haussachverständigen" [4] hat, fühlt sich sehr leicht als Strafverfolgungsorgan.

2. a) Eine mögliche Lösung dieses Problems könnte darin gefunden werden, daß ein im Ermittlungsverfahren tätig gewordener Sachverständiger grundsätzlich als nicht geeignet zum gerichtlichen Sachverständigen in der Hauptverhandlung angesehen wird. Der BGH [5] hat diese Frage dahingehend ent-

---

1) vgl. Peters a.a.O.

2) Weil im Körper des Ermordeten Thallium festgestellt und im Magen Haare gefunden worden waren, "kombinierte" der Sachverständige, daß Frau Rohrbach ihren Mann mit dem stark blau gefärbten Thalliumgift Celiopaste vergiftet habe, wobei als Giftträger blaufarbener Tee aus Malven, deren Blüten Sternhaare haben, benutzt wurde.

3) NJW 62, 26

4) Kohlhaas NJW 62, 1331; Seibert NJW 62, 137 spricht vom "Sachverständigen vom Dienst"

5) BGH LM Nr. 2 zu § 74 StPO und BGHSt 18, 214

schieden, daß die bloße Tatsache, daß der Sachverständige schon von der Staatsanwaltschaft oder der Polizei im Vorverfahren hinzugezogen und gehört worden sei, selbst dann nicht als Ablehnungsgrund ausreiche, wenn der Sachverständige Angehöriger einer wissenschaftlichen Abteilung des Bundes- oder eines Landeskriminalamtes sei. Sei der Sachverständige dagegen nicht nur beratend tätig geworden, sondern habe als Angehöriger der Kriminalpolizei oder sonst als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft an der Strafverfolgung des Beschuldigten teilgenommen, so sei er gemäß §§ 22 Nr. 4, 74 StPO als befangen anzusehen.

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Würde man einen im Vorverfahren tätig gewordenen Sachverständigen grundsätzlich von der Tätigkeit als gerichtlicher Sachverständiger in demselben Verfahren ausschließen, so müßte man in der Tat befürchten, wie Kohlhaas [1] zutreffend darlegt, daß der Staatswanwalt, der die Hilfe eines Sachverständigen benötigt, zunächst einen weniger qualifizierten Sachverständigen beauftragt, um den "guten" Sachverständigen für die Hauptverhandlung zur Verfügung zu halten. Das ginge aber auf Kosten der Qualität des Ermittlungsverfahrens und damit wäre niemandem gedient. Die bloße Tatsache, daß der gerichtliche Sachverständige schon im Vorverfahren herangezogen worden ist, ist für sich allein auch aus der Sicht des Angeklagten noch kein vernünftiger Grund, an seiner Unparteilichkeit zu zweifeln [2].

Allerdings erscheint es nicht richtig und trifft den Kern des Problems nicht, wenn der BGH in erster Linie auf die organisatorische Verbindung des Sachverständigen mit den Strafverfolgungsbehörden abstellt. Entscheidend kann nicht sein, ob der beigezogene Gutachter im technischen, beamtenrechtlichen Sinne "Polizeibeamter" ist [3]. Entscheidend

---

1) NJW 62, 1329

2) vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 74 Anm. 4b

3) Ligges, Diss. S. 194

ist vielmehr, ob der Sachverständige als sog. "Aufklärungssachverständiger" [1] tätig geworden ist. Aufklärungssachverständiger ist ein - zumeist im Polizeidienst stehender - Sachverständiger, der sich nicht nur zu einer speziellen Beweisfrage äußern soll, sondern die gesamte Ermittlungsarbeit sachkundig unterstützt. Aufklärungssachverständiger kann aber auch ein nicht im Polizeidienst stehender Sachverständiger sei, wenn er sich entsprechend in dem Strafverfahren betätigt hat. Wurde der Sachverständige lediglich zur Unterstützung der fehlenden Sachkunde des Staatsanwalts für ein eng gegrenztes Beweisthema zugezogen, so kann er allein aus diesem Grund nicht abgelehnt werden. Wurde er aber im weitesten Sinn zum Zwecke der Strafverfolgung tätig [2], so ist er als gerichtlicher Sachverständiger nicht mehr geeignet. Zumindest müßte ihm ein weiterer, mit der Sache noch nicht befaßter Sachverständiger zur Seite gestellt werden.

Ein Ablehnungsrecht sollte zudem immer dann bejaht werden, wenn der Sachverständige bei seiner Tätigkeit besonderen kriminalistischen Jagd- oder Verfolgungseifer an den Tag gelegt hat. Wann das der Fall ist, kann nicht abstrakt gesagt werden. Es muß vielmehr im Einzelfall festgestellt werden, ob der Sachverständige etwa Tatsachen ermittelt hat, die mit seinem Gutachten in keinem Zusammenhang stehen und lediglich der Überführung des Angeklagten dienen sollen. In diesen Fällen, das hat der Fall Rohrbach gezeigt, muß das bis dahin gewonnene Material einem neuen, unbefangenen und von kriminalistischen Hypothesen unbelasteten Gutachter zur Beurteilung vorgelegt werden.

Wenn es mit Peters [3] im Ermittlungsverfahren und in der Voruntersuchung als sachdienlich angesehen werden muß, daß der Sachverständige aufgrund seiner wissenschaftlich gebildeten Sachauffassung Kombinationen über den Tathergang entwickelt und insoweit eigene Ermittlungstätigkeit betreibt,

---

1) vgl. den Begriff des Aufklärungssachverständigen bei Peters, Handb. d. Psychologie Bd. 11, S. 783; Kleinknecht § 74 Anm. 2 B; vgl. auch Eb. Schmidt II Nachtrag 1 § 74 Rdn. 2 a

2) Das war bei den Sachverständigen im Fall Rohrbach der Fall.

3) Fehlerquellen Bd. I S. 129

so können solche Kombinationen in der Hauptverhandlung nicht mehr als statthaft angesehen werden. Da ein im Ermittlungsverfahren tätig gewordener Sachverständiger sein Gutachten aber auf den von ihm aufgestellten Hypothesen aufbauen wird, sollte der Richter häufiger als das heute der Fall ist [1] nicht den von der Staatsanwaltschaft vorgeschlagenen Sachverständigen als gerichtlichen "übernehmen", sondern in Anwendung seines freien richtlichen Auswahlrechts gem. § 73 StPO einen anderen Sachverständigen beauftragen, wenn auch damit nicht ausgeschaltet werden kann, daß der Staatsanwalt "seinen" Sachverständigen dem Gericht als präsentes Beweismittel aufzwingen kann [2].

b) Weiterhin ließe sich dadurch etwas gewinnen, daß der Staatsanwalt nicht mehr allein und ohne Rücksprache mit der Verteidigung oder dem Gericht einen Sachverständigen bestellt. Damit würde auch dem Sachverständigen die Vorstellung genommen, er sei "Sachverständiger der Staatsanwaltschaft", eine Vorstellung, die leicht zu einer Voreingenommenheit führen kann. Sarstedt [3] macht deshalb den Vorschlag, § 73 StPO wörtlich zu nehmen und die Bestellung eines Sachverständigen ausschließlich in die Hand des Richters zu legen. Zuständig wäre nach Sarstedt im vorbereitenden Verfahren der Amtsrichter, im Zwischenverfahren das zur Eröffnung zuständige Gericht und im Hauptverfahren das erkennende Gericht. Der Staatsanwalt kann nach Sarstedt nicht selbständig einen Sachverständigen beauftragen, er kann nur bei Gericht die Bestellung eines Sachverständigen beantragen.

Diesem Vorschlag von Sarstedt sollte nicht gefolgt werden. Der Staatsanwalt ist Herr des Ermittlungsverfahrens (§§ 160, 161 StPO). Der Richter, der mit der Sache nicht befaßt ist, wird in der Regel den vom Staatsanwalt vorgeschlagenen Sachverständigen bestellen [4]. Die Bedenken gegen die spätere Bestellung als gerichtlicher Sachverständiger werden aber

---

1) Sarstedt, NJW 68, 177, hält es für die Ausnahme, daß einmal ein Richter einen Sachverständigen auswählt.

2) Sarstedt a.a.O.

3) a.a.O. S. 178; nicht mehr ganz so eindeutig in Löwe - Rosenberg Anm. 3 zu § 73: "Nicht nur der Richter kann Sachverständige bestimmen. § 73 ist nicht etwa so zu verstehen, als müsse die Polizei oder die Staatsanwaltschaft, wenn sie im vorbereitenden Verfahren einen Sachverständigen in Anspruch nehmen wollen, dessen Auswahl beim Richter beantragen, wenngleich sich das sehr empfehlen würde."

4) vgl. Tröndle JZ 69, 375

nicht dadurch ausgeräumt, daß formal der Richter und nicht der Staatsanwalt im Vorverfahren den Sachverständigen bestellt.

Zu folgen ist aber der Empfehlung Sarstedts [1], der Staatsanwalt solle sich bei der Zuziehung eines Sachverständigen vorher mit dem Verteidiger ins Benehmen setzen und Bedenken gegen einen Sachverständigen vor der Bestellung erörtern. Erst wenn sich Staatsanwalt und Verteidiger nicht auf einen Sachverständigen einigen können, sollte eine Entscheidung des zuständigen Richters nach § 73 StPO herbeigeführt werden [2]. Der Sachverständige sollte wissen, daß er nicht als "Sachverständiger der Staatsanwaltschaft" fungiert, sondern mit Zustimmung der Verteidigung mit seinem Gutachten beauftragt worden ist. Damit wäre die Gefahr vermindert, daß sich ein Sachverständiger wegen der Bestellung durch den Staatsanwalt einseitig diesem gegenüber verpflichtet fühlt.

c) Zu erörtern ist in diesem Zusammenhang noch die Frage, in welchem Umfang dem Sachverständigen Einsicht in die Akten gewährt werden sollte, denn gem. § 80 II StPO kann dem Sachverständigen zur Vorbereitung des Gutachtens Einsicht in die Akten gewährt werden.

Diese Frage kann nicht allgemein beantwortet werden. Der Richter oder Staatsanwalt muß je nach Sachlage des Falles entscheiden, ob er dem Sachverständigen die gesamten Akten zur Einsicht überläßt, ob er ihm nur gewisse Aktenteile zur Kenntnis bringt oder ob es genügt, wenn er ihm eine kurze Sachdarstellung gibt. So wird bei einem Gutachten über den Geisteszustand Kenntnis vom Tathergang und den damit zusammenhängenden Äußerungen des Beschuldigten erforderlich sein, während bei chemischen oder anderen naturwissenschaftlichen Untersuchungen der objektive Befund durch Aktenkenntnis beeinflußt werden könnte. Aufgrund der Aktenkenntnis könnte der Sachverständige kriminalistische Hypothesen auf-

---

1) NJW 68, 179; ebenso Jessnitzer JVBl 70, 80

2) Lürken NJW 68, 1164

stellen und zur Bestätigung dieser Hypothesen aus dem objektiven Befund falsche Schlüsse ziehen [1]. Hier wird es genügen, wenn der Staatsanwalt oder Richter dem Auftrag an den Sachverständigen präzise umreißt. Entgegen Kerpinski [2], der der Ansicht ist, dem Sachverständigen müsse der gesamte Akteninhalt zur Kenntnis gebracht werden, damit dieser ein möglichst breites Tatsachenmaterial auswerten könne, ist gegenüber allzu weitgehender Akteneinsicht des Sachverständigen Vorsicht geboten [3]. Häufig wird es ausreichen, wenn der Richter dem Sachverständigen einen zusammenfassenden Aktenauszug übersendet. Der Sachverständige kann dann, wenn er noch weitere Anknüpfungstatsachen benötigt, auf dem Weg des § 80 II StPO Akteneinsicht beantragen [4]. Die Praxis, daß dem Sachverständigen mit dem Gutachtenauftrag auch gleich die Akten ins Haus geschickt werden, ist jedenfalls bedenklich [5]. Es besteht die Gefahr der Beeinflussung und daraus folgender Voreingenommenheit des Sachverständigen. Gerade die Aktenkenntnis und damit die Kenntnis über den Stand der Ermittlungen kann bei dem Sachverständigen dazu führen, daß in ihm ein kriminalistischer Verfolgungseifer erwacht und er Hypothesen aufstellt, von denen er später nicht mehr abrücken kann oder will. Auf die Gefahr der Verletzung des § 261 StPO durch Aufnahme von Aktenteilen in das Gutachten hat Sarstedt [6] überzeugend hingewiesen.

d) So wie der Richter nach § 78 StPO die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten hat, muß auch der Staatsanwalt im Vorverfahren den Sachverständigen leiten und, wo nötig, überwachen. Er muß ihn besonders darauf hinweisen, daß er sich nur zu einem beschränkten Beweisthema äußern solle. Er muß ihn strengstens darauf aufmerksam machen, daß er wissen-

---

1) vgl. im Fall Rohrbach den Schluß des Sachverständigen vom Auffinden von Thallium und Haaren auf Vergiftung durch Celiopaste und Malvenblattentee als Giftträger, siehe S. [illegible] Fußn. 2

2) NJW 68, 1173

3) Peters, Lehrb. S. 311, 340; Kern - Roxin S. 132; Krauß ZStW 85, 332

4) vgl. dazu Sarstedt NJW 68, 17[illegible], 180 und Löwe - Rosenberg § 80 Anm. 3c

5) Kleinknecht § 80 Anm. 2; vgl. auch Sarstedt a.a.O. S. 179

6) a.a.O. S. 180

schaftlich festgestellte und erwiesene Tatsachen von bloßen Hypothesen zu trennen habe, und daß er die von ihm selbst stammenden Schlußfolgerungen über den Tatverlauf als solche kennzeichnen müsse, damit sich die Strafverfolgungsbehörden bewußt bleiben, daß es sich um Hypothesen handelt, die der weiteren Untermauerung und Absicherung bedürfen [1]. Er muß ihn davor warnen, bloße außerwissenschaftlichen Vermutungen und kriminalistische Kombinationen mit einer irreführenden "Wissenschaftlichkeit" zu versehen, die die einer weiteren Aufklärung und Ermittlung bedürftigen Stellen des Gutachtens verschleiert [2].

e) Es bleibt somit festzuhalten, daß der im Vorverfahren hinzugezogene Sachverständige befugt ist und teilweise sogar verpflichtet sein kann, aufgrund seiner Sachkunde auch kriminalistische Kombinationen über den Tathergang anzustellen. Insofern ist ihm eine gewisse "eigene Ermittlungstätigkeit" erlaubt. Dabei ist er jedoch strengstens gehalten, diese Kombinationen in seinem Gutachten deutlich als Hypothesen zu kennzeichnen, damit sie nicht ohne weitere Nachforschungen in die Überzeugungsbildung der Strafverfolgungsorgane oder des Gerichts eingehen. Dem gerichtlichen Sachverständigen sind solche Kombinationen versagt.

Um die daraus resultierenden Gefahren für die Wahrheitsfindung auszuschalten, muß ein "Aufklärungssachverständiger" als befangen und damit zum gerichtlichen Sachverständigen als nicht geeignet angesehen werden. Legt sonst ein Sachverständiger besonderen Verfolgungseifer an den Tag, so kann er im Einzelfall ebenfalls als befangen abgelehnt werden.

Bei der Bestellung eines Sachverständigen im Vorverfahren sollten sich Staatsanwalt und Verteidigung auf einen Sachverständigen verständigen. Erwägenswert wäre auch, bei schwierigen Kapitalverbrechen zwei voneinander unabhängige Sachverständige zu bestellen, wobei der Verteidiger bei der Auswahl jedenfalls eines der Sachverständigen ein Mitspracherecht bekommen müßte [3].

---

1) Peters, Fehlerquellen ... Bd. I S. 129

2) vgl. Ligges, Diss. S. 192

3) vgl. Jessnitzer JVBl 70, 82

D. Rechtliche Wertungen des Sachverständigen im Rahmen des § 51 StGB (§§ 20, 21 StGB n.F.)

1) Nach der Frage der erlaubten kriminalistischen Kombinationen über den Tatverlauf soll untersucht werden, ob es dem Sachverständigen erlaubt ist, in seinem Gutachten rechtliche Wertungen anzustellen. Dieses Problem spielt hauptsächlich im Rahmen des § 51 StGB eine Rolle. In der Praxis kommt es häufig vor, daß der Sachverständige am Schluß seines Gutachtens ausführt, nach alledem "habe der Angeklagte den § 51 I oder II StGB", oder "man müsse ihm diesen vom medizinischen Standpunkt aus zubilligen" [1]. Oft fragt auch der Richter selbst, ob der Sachverständige den Angeklagten für zurechnungsfähig halte. Gegen diese Praxis müssen Bedenken geltend gemacht werden.

2) Das Gesetz folgt bei der Bestimmung der Zurechnungsfähigkeit der sog. "gemischten (biologisch-psychologischen) Methode" [2]. Danach müssen zunächst die "biologischen [3] Gründe der Zurechnungsfähigkeit festgestellt werden. § 51 StGB nennt hierfür die Bewußtseinsstörung, die krankhafte Störung der Geistestätigkeit und die Geistesschwäche. § 20 StGB n.F. spricht von "krankhafter seelischer Störung, tiefgreifender Bewußtseinsstörung, Schwachsinn und schwerer anderer seelischer Abartigkeit". Im sachlichen Gehalt stimmen beide Vorschriften im wesentlichen überein [4]. Das Vorliegen eines dieser den abnormen Zustand des Täters beschreibenden biologischen Merkmale reicht jedoch allein nicht aus, die Zurechnungsfähigkeit zu mindern oder auszuschließen. Vielmehr

---

1) vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) Anm. 8 vor § 72; Maisch, Mon.Krim. 73, 192

2) Schönke - Schröder § 51 Rdn. 1; Lenckner, Handb. d. forens. Psychiatrie Bd. I S. 93; Jescheck, Ger. Psychologie (hrsg. von Blau/Müller-Luckmann) S. 211; Bockelmann ZStW 75, 381; die Struktur des § 20 StGB n.F. entspricht der des § 51 I.

3) Die Bezeichnung "biologische" Merkmale ist nicht ganz zutreffend, da sich keiner der in § 51 StGB (20 StGB n.F.) genannten Begriffe ausschließlich auf einen biologischen Sachverhalt bezieht; vgl. Lenckner a.a.O. S. 101; Mezger, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, Heft 1 S. 71; da die Terminologie aber allgemein üblich ist, soll sie im folgenden beibehalten werden. Nach Haddenbrock, Handb. d. forens. Psychiatrie Bd. II S. 907 f wäre es richtiger, von psychopathologischen Zuständen zu sprechen.

4) vgl. dazu Lenckner a.a.O. S. 114 ff.

ist noch zu prüfen, welche Einwirkungen diese biologischen Faktoren auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit zur Zeit der Tat gehabt haben, ob der Täter deshalb "unfähig war, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln".

3 a) Im Rahmen der biologischen Merkmale der Zurechnungsfähigkeit ist die Abgrenzung zwischen dem Tätigkeitsbereich des Sachverständigen und dem des Richters relativ unproblematisch, denn in diesem Bereich geht es vor allem darum, einen psychischen Zustand des Täters zu erforschen (Befund). Aufgabe des Sachverständigen ist es dabei, dem Richter den Befund und die Diagnose der Tatzeitpersönlichkeit vorzutragen, indem er den psychischen Zustand beschreibt, in dem sich der Täter bei der Begehung der Tat befunden hat [1] ("wie es im Kopf des Täters zur Tatzeit ausgesehen hat" [2]). Aufgabe des Richters ist es dagegen, zu entscheiden, ob der vom Sachverständigen festgestellte und dargelegte Befund unter eines der in § 51 StGB (20 StGB n.F.) aufgeführten biologischen Merkmale fällt. Schwierigkeiten beim Zusammenwirken von Richter und Sachverständigem können in diesem Bereich auftreten, weil die in § 51 StGB genannten "biologischen" Merkmale keine unmittelbar in die Psychiatrie übertragbaren Begriffe sind [3]. So ist es eine Rechtsfrage, ob eine Psychopathie "Krankheitswert" hat und damit eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit i.S. des § 51 StGB darstellt [4]. Denn der juristische Krankheitsbegriff des § 51 ist weiter als der medizinische [5]. Bei einer Psychopathie hängt der "Krankheitswert" davon ab, welche Anforderungen im Namen der Rechtsordnung an die Selbstbeherrschung des Psychopathen gestellt werden müssen. Der Psychiater ist darin aber nicht sachkundiger als der Richter [6].

1) vgl. Lenckner a.a.O. S. 144; Haddenbrock, Handb. d. forens. Psychiatrie S. 926

2) Sarstedt, Die Justiz 1962, 111

3) vgl. Göppinger, Kriminologie S. 177; Jescheck a.a.O. S.211

4) Lenckner a.a.O.; Sarstedt a.a.O. S. 114 und Löwe - Rosenberg Anm. 8 vor § 72; BGH NJW 58, 2123; a.A. Dreher § 51 Anm. 3c (ohne Begründung)

5) vgl. LK (Lange) § 51 Rdn. 27; BGHSt 14, 31; Dreher § 51 Anm. 3 B b

6) BGH 5 StR 386/60 vom 18.10.1960, zit. bei Löwe - Rosenberg (Sarstedt) Anm. 8 vor § 72

Im wesentlichen lassen sich jedoch in diesem "biologischen" Bereich des § 51 StGB die Aufgaben von Richter und Sachverständigem in die vom Sachverständigen vorzunehmende Feststellung und Beschreibung des Befundes und in die vom Richter durchzuführende Subsumtion dieses Befundes unter die Gesetzesbegriffe des § 51 StGB trennen.

b) Problematisch wird es jedoch im Bereich der psychologischen Merkmale (Fähigkeit, das Unerlaubte einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln). Hier ist es umstritten, ob auch diese Merkmale sachverständiger Beurteilung zugänglich sind oder ob die Frage nach diesen Fähigkeiten als eine rein juristische Wertung verstanden werden muß, die allein dem Richter obliegt.

aa) Eb. Schmidt [1] hält im Anschluß an K. Schneider [2], der die Frage nach der in § 51 StGB bezeichneten Fähigkeiten für vom Sachverständigen unbeantwortbar erklärt, diese Frage für eine rein juristische Wertung, die in den ausschließlichen Bereich des Richters falle. Der Sachverständige dürfe sich nicht über die Folgerungen äußern, die er aus den biologischen Grundtatsachen auf das Gegebensein oder Nichtgegebensein der in § 51 StGB bezeichneten Fähigkeiten ziehe. Das bedeutete eine Kompetenzausdehnung der Sachverständigenfunktion, die für die Selbständigkeit der richterlichen Überzeugungsbildung und für die ausschließliche richterliche Verantwortung bezüglich aller Rechtsfragen nicht ungefährlich sei [3].

bb) Im Gegensatz dazu wollen Alsberg - Nüse [4] die Tätigkeit des Sachverständigen nicht auf die Hervorhebung und Würdigung der einzelnen Krankheitserscheinungen beschränken. Ihm müsse vielmehr auch ihre Subsumtion unter die rechtlichen Begriffe freigegeben werden.

---

1) Festschrift für K. Schneider S. 271; ebenso Mezger in LK, 8. Aufl., § 51 Anm. 10 und Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 1 (1953), S. 80

2) Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit S. 23

3) Eb. Schmidt a.a.O. S. 272

4) Der Beweisantrag im Strafprozeß S. 263

cc) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage ist nicht ganz eindeutig. In einer Entscheidung vom 23.11.1951 [1] führt der BGH aus, der Tatrichter habe sich zur Feststellung der für die Schuldfrage erheblichen Tatsachen der Fachkenntnisse eines Sachverständigen zu bedienen. Die Frage aber, welche Folgerungen aus diesen Tatsachen für das geistige oder seelische Verhalten des Täters bei seiner Tat zu ziehen seien, müsse der Tatrichter allein beantworten. Eine Mitwirkung des Sachverständigen sei hierbei nicht zulässig. Wenn mit den "Folgerungen ..." die Frage gemeint ist, ob der Täter zur Zeit der Tat die in § 51 StGB bezeichneten Fähigkeiten gehabt hat, würde das bedeuten, daß der BGH eine Mitwirkung des Sachverständigen bei der Erforschung der psychologischen Merkmale des § 51 für unzulässig hielt. Einer solchen Interpretation steht aber ein Urteil vom 8.3.1955 [2] entgegen. Dort wird unter Berufung auf die Entscheidung vom 23.11.1951 gesagt, der Richter habe selbständig seine Auffassung darüber zu bilden, welche Bedeutung eine mit Hilfe des Sachverständigen festgestellte bestimmte körperliche, geistige und seelische Verfassung des Angeklagten für die tatsächliche und rechtliche Beurteilung der Tat habe. Dies schließe freilich nicht aus, daß der Sachverständige sich auch darüber äußere, wie er die rechtliche Frage der Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 StGB beurteile. Der BGH schließt sich in dieser Entscheidung ausdrücklich der Ansicht von Hellmuth Mayer [3] an, der Sachverständige stelle nicht nur Tatsachen fest, sondern habe auch das richterliche Werturteil über die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten vorzubereiten und selbst ein solches Werturteil dem Richter vorzuschlagen.

In einer Entscheidung vom 26.4.1955 [4] wird dies jedoch wieder eingeschränkt, indem festgestellt wird, es sei keines-

---

1) BGHSt 2, 14

2) BGHSt 7, 238

3) Mezger - Festschrift S. 476; ebenso Jessnitzer, Der ger. Sachv. S. 53

4) BGHSt 8, 113

wegs Sache des Gutachters, darüber zu befinden, in welchem Umfang die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit dem Gericht "überlassen" werden könne. Vielmehr bestimme das Gesetz, das geltende Verfahrensrecht, die Entscheidung über die Zurechnungsfähigkeit habe allein das Gericht zu treffen. Aufgabe des Sachverständigen sei es, dem Gericht bei seiner Entscheidung zu helfen. Da der BGH sich in dieser Entscheidung auf das Urteil vom 8.3.55 bezieht, muß davon ausgegangen werden, daß er dem Sachverständigen nicht verbieten will, sich zu der rechtlichen Frage der Zurechnungsfähigkeit zu äußern [1].

Was in den genannten Entscheidungen fehlt, ist eine klare Aussage darüber, ob jene "körperliche, geistige und seelische Verfassung", von der in der Entscheidung vom 8.3.55 gesprochen wird, nur auf die "biologischen"Merkmale des § 51 StGB zu beziehen ist, oder ob der BGH auch in den "psychologischen" Merkmalen geeignete Objekte sachverständiger Feststellungen sieht. Für eine Deutung der Entscheidung in letzterem Sinne sprechen die unter Berufung auf H. Mayer gemachten Ausführungen, der Sachverständige solle sich auch über die rechtliche Seite der Zurechnungsfähigkeit äußern.

4) Bei einer Abgrenzung der Aufgaben von Richter und Sachverständigem im Rahmen der psychologischen Merkmale der Zurechnungsfähigkeit muß zunächst festgestellt werden, daß die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit letzlich eine Rechtsfrage ist, soweit es sich darum handelt, den festgestellten Befund unter das Gesetz zu subsumieren [2]. Bezüglich der psychologischen Merkmale bedeutet das, daß die Frage nach der Einsichtsfähigkeit insofern allein vom Richter beantwortet werden muß, als die Frage nicht lautet, ob der Täter die Einsicht aktuell hatte, sondern ob er sie hätte haben können und sollen [3]. Der Richter muß entscheiden, was von dem - laut Gutachten - in bestimmter Weise be-

---

1) Zu den genannten Entscheidungen vgl. Eb. Schmidt, Festschr. f. K. Schneider S. 271 ff.

2) vgl. Lenckner a.a.O. S. 142; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) Anm. 8 vor § 72

3) Sarstedt, Die Justiz 62, 114

schaffenen Angeklagten mit diesem Einsichtsvermögen an wirklicher Einsicht zu verlangen war [1]. Ebenso verhält es sich mit der Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Die juristische Wertung, welche Anstrengung von jemandem verlangt werden kann, damit er dieser Einsicht gemäß handelt, muß allein der Richter treffen. Es ist eine reine Rechtsfrage, wie schwer der psychische Defekt des Täters gewesen sein muß, um das Einsichts- oder Hemmungsvermögen als ausgeschlossen oder erheblich vermindert anzusehen, da Zurechnungsfähigkeit nur als das "Entsprechen bzw. mehr oder minder weite Abweichen von der vom Recht zugrundegelegten Norm des durchschnittlichen, normalen und daher tauglichen Gesetzesadressaten verstanden werden können und weil es dabei letzlich um das Maß der Anforderungen geht, die das Recht billiger- und vernünftigerweise stellen kann" [2].

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Sachverständige sich jeder Tätigkeit bei der Feststellung der psychologischen Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit zu enthalten habe. Seine Aufgabe ist es, sich über die Auswirkungen und Einflüsse der festgestellten "biologischen" Störung auf die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht und auf das Beherrschungsvermögen zu äußern [3], was nicht identisch ist mit der Frage, ob der Täter "anders, nämlich richtig" hätte handeln können und sollen [4]. Der Sachverständige hat dem Gericht den Schweregrad der Erkrankung zu erläutern, er soll dem Richter Auskunft auf die Frage geben, ob die Tat aus dem "biologischen" Zustand des Täters erklärt werden kann [5]. Diese Frage ist aber für den Psychiater nicht "unbeantwortbar", wie K. Schneider meint [6]. Denn er soll keine Antwort darauf geben, ob die Einsicht in das Unerlaubte der Tat tat-

---

1) Sarstedt a.a.O. S. 115

2) Lenckner a.a.O. S. 145; vgl. auch Jescheck, Ger. Psychologie S. 218; Sarstedt a.a.O. und Revision in Strafsachen S. 162 Fußn. 81; KMR Vorbem. 1 vor § 72; BGH bei Herlan MDR 54, 530

3) Lenckner a.a.O. S. 144; Sarstedt, Justiz 62, 115; Jescheck a.a.O.; Haddenbrock ZStW 75, 469 und Handb. d. forens. Psychiatrie S. 927; Schwalm JZ 70, 495

4) Lenckner a.a.O.; Haddenbrock a.a.O.

5) vgl. Lenckner a.a.O.; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) Anm. 8 vor § 72

6) Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit S. 23, 24

sächlich (aktuell) vorhanden war und ob beim Täter gewisse (nicht ausreichende) Hemmungen vorgelegen haben [1]. Dies ist sicher empirisch schwerlich feststellbar. Der Sachverständige soll sich darüber äußern, ob der Täter aufgrund seiner "biologischen" Gegebenheiten die Einsicht hätte haben können und wie sich eine bestimmte "biologische" Störung auf das Steuerungsvermögen auswirkt, woran es lag, daß die Hemmungen (das Hemmungsvermögen) nicht ausgereicht haben und der Täter die Tat begangen hat, ob etwa ein krankhafter Befund vorliegt [2]. Die Frage, ob die Einsichtsfähigkeit vorhanden war, hält aber auch K. Schneider [3] für beantwortbar. Aufgabe des Richters ist es dann, zu entscheiden, ob unter den festgestellten Bedingungen die Rechtsordnung von diesem Täter verlangte, keine rechtswidrigen Handlungen zu begehen.

Auf diese Weise lassen sich ärztliche und juristische Kompetenzen im Rahmen der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit voneinander trennen, ohne dem Richter die Hilfe des Sachverständigen bei einer so wesentlichen Frage zu versagen [4]. Dabei sollte sich der Sachverständige jedoch jeder rechtlichen Wertung in seinem Gutachten enthalten und sich nicht zu den rechtlichen Fragen der Zurechnungsfähigkeit äußern [5]. Auf diesem Gebiet ist der Sachverständige Laie [6], was sich gerade bei den oben genannten Wendungen wie: "vom medizinischen Standpunkt aus" sei der Angeklagte zurechnungsfähig, oder ihm sei der § 51 I oder II "zuzubilligen" deutlich zeigt. Weder gibt es eine Zurechnungsfähigkeit "im medi-

---

1) Insofern geht K. Schneider von einer falschen juristischen Interpretation des § 51 StGB aus, vgl. Sarstedt, Justiz 62, 114 und Löwe - Rosenberg Anm. 8 vor § 72; Jescheck, Ger. Psychol. S. 218

2) Sarstedt, Justiz 62, 115: "Lag es am Charakter, oder lag es an einer Krankheit?"

3) a.a.O. S. 22

4) vgl. Sarstedt, Justiz 62, 110 ff; Lenckner a.a.O. S. 144 f; ebenso aus der Sicht des psychiatrischen Sachverständigen: Haddenbrock, ZStW 75, 464 und Handb. d. forens. Psych. S. 926 f. Wegen der dargestellten Notwendigkeit des Zusammenwirkens von Richter und Sachverständigem kann der Vorschlag von Krauß, Die strafr. Problematik ... S. 43, nicht unterstützt werden, die Entscheidung über die Zurechnungsfähigkeit ganz in die Hand des Kriminologen zu legen und das Problem auf diese Weise zu lösen.

5) vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) Anm. 8 vor § 72

6) Sarstedt a.a.O. hält die Annahme, daß ein Psychiater, und sei es eine Kapazität, auch nur ganz ungefähr über die "Voraussetzungen des § 51" unterrichtet wäre, etwa für so

zinischen Sinn", noch steht es quasi im Ermessen des Sachverständigen, dem Angeklagten die Zurechnungsfähigkeit "zuzubilligen". Der Sachverständige sollte sich deshalb einer Stellungnahme zu den Rechtsfragen enthalten. Äußert er sich dennoch dazu, ist das zwar an sich verfahrensrechtlich unschädlich, es besteht aber die Gefahr, daß der Richter die rechtliche Stellungnahme des Sachverständigen wegen dessen sonstiger Sachkunde eben gerade nicht als eine "völlig unverbindliche Meinungsäußerung" [1] ansieht, sondern sich daran gebunden fühlt und sich ihr anschließt (... wie der Sachverständige überzeugend dargelegt hat ...). Dieser Gefahr, die auch der BGH [2] gesehen hat, als er es dem Richter untersagte, sich der rechtlichen Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit durch den Sachverständigen "in Bausch und Bogen anzuschließen", läßt sich nur dadurch begegnen, daß man eine Trennung der Aufgaben von Richter und Sachverständigem in dem dargestellten Sinne durchführt und dem Sachverständigen eine Stellungnahme zu den rechtlichen Wertungen untersagt. Das bedeutet zugleich, daß auch der Richter die - oft äußerst schwierige - Entscheidung nicht auf den Sachverständigen abwälzen darf, indem er ihn nach dessen Beurteilung der rechtlichen Seite der Zurechnungsfähigkeit fragt und sich der Beurteilung des Sachverständigen ohne eigene Stellungnahme anschließt.

---

noch Fußn. 6) von S. 68

wahrscheinlich wie die Annahme, daß ein tüchtiger Landgerichtsdirektor eine Gehirnoperation vornehmen könne.

1) Lenckner a.a.O. S. 146

2) BGHSt 7, 240: "Sonst besteht die Gefahr, daß der Richter die Verantwortung für einen wichtigen Teil seiner Entscheidung einem anderen überläßt, dem sie nicht zukommt und der sie, wenn er über seine Stellung im Verfahren Bescheid weiß, nicht einmal übernehmen will."

E. Grenzen der Sachverständigentätigkeit bei Untersuchungen von Zeugen auf ihre Glaubwürdigkeit

1. Besonders auf dem Gebiet der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen hat sich wegen der Weiterentwicklung der psychologischen Wissenschaft der Ruf nach dem Sachverständigen seit dem 2. Weltkrieg wesentlich verstärkt [1]. Vor allem bei kindlichen und jugendlichen Zeugen in Sittlichkeitsverfahren ist es die Regel, daß sie von einem psychologischen oder psychiatrischen Sachverständigen (auf den Kompetenzkonflikt zwischen Psychologen und Psychiatern braucht hier nicht eingegangen zu werden) auf ihre Glaubwürdigkeit untersucht werden.

Wesentlich hat zu dieser Entwicklung eine Entscheidung des BGH vom 14.12.1954 [2] beigetragen, in der der BGH ausführt, die dem psychologischen Sachverständigen für die Glaubwürdigkeitsprüfung zu Gebote stehenden Mittel seien den Erkenntnismitteln des Gerichts in der Hauptverhandlung so stark überlegen, daß es der Erfahrung entspreche, daß auch für die Vernehmung eines 7jährigen Kindes dem Sachverständigen andere und bessere Erkenntnismittel zur Verfügung stünden als dem erkennenden Gericht. Diese Entscheidung ist von Seiten der psychologischen Sachverständigen begrüßt worden [3], von juristischer Seite [4] sind dagegen Bedenken gegen eine so weit gehende Hinzuziehung von psychologischen Sachverständigen zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen erhoben worden.

Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit gehört als Bestandteil der Beweiswürdigung zu dem ureigensten Gebiet des Richters. So ist es auch nicht verwunderlich, daß sich gerade an diesem Problem immer wieder der Streit um die Rolle

---

1) Eb. Schmidt, Festschrift für K. Schneider S. 262

2) BGHSt 7, 82

3) Undeutsch bei Ponsold, 2. Aufl. S. 219

4) Bockelmann GA 1955, 321 (S. 335: "Psychologisierung des Strafprozesses"); Eb. Schmidt a.a.O. S. 258; Roesen NJW 64, 442

des Sachverständigen im Strafprozeß entzündet hat. In der Tat tauchen bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen durch den Sachverständigen besonders deutlich die Fragen der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit, der Grenzen sachverständiger Tätigkeit und des Zusammenwirkens von Richter und Sachverständigem auf. Daß der Richter auch bei der Frage der Glaubwürdigkeit eines Zeugen sich der Hilfe eines Sachverständigen bedienen kann und, wo es nötig ist, auch muß, ist heute nicht mehr bestritten [1], zu klären sind aber die Rechte des Sachverständigen und die Zulässigkeit der bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen angewendeten Methoden.

2. a) Ein wesentliches Problem liegt darin, daß die Untersuchung der Glaubwürdigkeit nicht unter die vom Zeugen zu duldenden Untersuchungen des § 81c StPO fällt [2]. Sie darf also nur mit Einwilligung des Betroffenen durchgeführt werden. Dabei taucht die Frage auf, ob der Zeuge auf dieses Untersuchungsverweigerungsrecht hingewiesen werden muß und gegebenenfalls für wen eine dahingehende Belehrungspflicht besteht.

Nach herrschender Meinung [3] bedeutet die Verweisung des § 81c I 2 StPO auf das Zeugnisverweigerungsrecht auch eine Verweisung auf die Belehrungspflicht des § 52 II 1 StPO. Das gilt nach allgemeiner Ansicht [4] auch für die Glaubwürdigkeitsuntersuchung, die nicht von § 81c StPO umfaßt wird. Zwar handelt es sich bei der Duldung der Untersuchung nicht um die Erfüllung einer Zeugenpflicht, doch da bei den nach § 81 c StPO zu duldenden Untersuchungen eine Belehrung erforderlich ist, wäre es wenig sinnvoll, sie bei den sonstigen Untersu-

1) vgl. Peters, Handb. der Psychologie Bd. 11, S. 771

2) BGHSt 13, 394; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 81c Anm. 7; Peters a.a.O. S. 786; Bockelmann a.a.O.; Kleinknecht § 81c Anm. 2; BGHSt 23, 1; Jessnitzer, Der Ger. Sachv. S. 170

3) BGHSt (GS) 12, 235; der GS hat in dieser Entscheidung zutreffend dargelegt, daß § 81c I 2 als Gegenstück zu § 52 das familienrechtliche Band zwischen Beweisperson und Beschuldigtem berücksichtige und nicht nur, wie BGH 5 StR 418/52 meinte, die Unversehrtheit der Beweisperson. vgl. auch KMR § 81c Anm. 5 a; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 81c Anm. 9. Das 1. StVRG (BT-Drucks. VII/551) nimmt die Belehrungspflicht ausdrücklich in § 81c auf.

4) BGHSt 13, 394; Jessnitzer, Der ger. Sachv. S. 171; Eb. Schmidt II, Nachtr. 1 § 81c Rdn. 14; Peters, Handb. d. Psychologie S. 786

chungen nicht zu fordern. Der BGH [1] führt zutreffend aus, das Gesetz wolle nicht, daß jemand zu einem freiwilligen Beweisakt gegen einen verwandten Beschuldigten veranlaßt werde, ohne sich wenigstens der Konfliktlage bewußt gewesen zu sein.

Eine Belehrung ist also bei einem nach § 52 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen erforderlich. Da die Untersuchung vom Richter angeordnet, bzw. angeregt werden muß, hat der Richter den Zeugen über sein Untersuchungsverweigerungsrecht zu belehren. Eine Übertragung dieser Belehrungspflicht auf den Sachverständigen ist nicht notwendig.

b) Umstritten ist jedoch, ob eine Belehrungspflicht nur bei den nach § 52 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Personen anzunehmen ist, oder ob ganz allgemein jeder Zeuge darüber belehrt werden muß, daß er eine Untersuchung auf seine Glaubwürdigkeit ebenso wie eine Untersuchung seines Geisteszustands nicht zu dulden verpflichtet ist.

Der BGH [2] hat die Frage dahingehend entschieden, daß die Einwilligung des Betroffenen als gegeben anzunehmen ist, wenn der Zeuge sich zur Untersuchung einfinde und sich untersuchen lasse. Eine Belehrungspflicht des Richters oder des Sachverständigen, daß kein Zeuge verpflichtet sei, sich einer Glaubwürdigkeitsprüfung zu unterziehen, bestehe nicht.

Heinitz [3] ist in einer Anmerkung zu diesem Urteil zunächst der Auffassung des BGH beigetreten mit dem Argument, es erscheine bedenklich, in allen Fällen, in denen die Mitwirkung des Bürgers an der Aufklärung des Sachverhalts freiwillig sei, eine im Gesetz nicht vorgesehene Belehrungspflicht über den freiwilligen Charakter der Mitwirkung zu statuieren. Später hat Heinitz diese Auffassung aufgegeben[4] und nimmt heute eine allgemeine Belehrungspflicht an. Panhuysen [5] verneint eine allgemeine Belehrungspflicht, hält

---

1) BGHSt 13, 389

2) BGHSt 13, 394

3) JR 60, 226

4) Engisch-Festschrift S. 700

5) S. 84

aber den Sachverständigen für verpflichtet, sich vor Beginn der Glaubwürdigkeitsuntersuchung bei dem Zeugen zu vergewissern, ob dieser aus eigener freier Entscheidung zu ihm komme oder unter dem Druck der Autorität des Gerichts. Damit wird diese für den Zeugen sehr bedeutsame Frage dem Sachverständigen zur Klärung überlassen.

Eine befriedigende und verfahrensrechtlich einwandfreie Lösung läßt sich nur durch eine allgemeine Belehrungspflicht des die Untersuchung anregenden Richters gewinnen. Und zwar sollte hier nicht nur ein "nobile officium" [1] des Richters zur Belehrung bestehen, sondern eine Rechtspflicht [2]. Wenn das Gesetz von der Freiwilligkeit einer solchen Untersuchung ausgeht, so muß auch eine wirkliche Freiwilligkeit gewährleistet sein. Es besteht allgemein bei Rechtsunkundigen der Glaube, gerichtlichen Aufforderungen oder im Auftrage des Gerichts ergangenen Ladungen nachkommen zu müssen [3]. Wenn aber der Zeuge sich nicht bewußt ist, die Untersuchung auch verweigern zu können, kann von einer Freiwilligkeit bei seiner Entscheidung für die Untersuchung nicht gesprochen werden. Auch das Argument, daß die Mitwirkung des Einzelnen an der Strafverfolgung selbstverständlich sei, trägt hier nicht. Anders als bei einer sonstigen Aussage gegenüber einem Richter oder Sachverständigen stehen hier die eigenen Rechte des Zeugen auf dem Spiel; er ist insoweit selbst betroffen. Ein negatives psychologisches Gutachten kann für den Zeugen erhebliche Nachteile nach sich ziehen. Insofern kann der Einzelne durchaus spezifische Gründe und ein eigenes Interesse an dem Unterbleiben dieser Untersuchung haben. Da bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen die Persönlichkeitsrechte des Zeugen berührt werden, muß er über die Freiwilligkeit dieser Untersuchung belehrt werden. Ob in diesem Fall der Richter oder der Sachverständige den Zeugen belehrt, ist von unter-

---

1) so Bockelmann GA 55, 333; Blau, Ger. Psychologie S. 259

2) Peters, Handb. d. Psych. Bd. 11, S. 786; vgl. auch Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 3 a

3) Peters a.a.O. S. 786

geordneter Bedeutung. Zweckmäßig erscheint eine richterliche Belehrung. Besitzt der Zeuge nicht die zum Verständnis seines Weigerungsrechts erforderliche Verstandesreife, so ist der gesetzliche Vertreter zu belehren. Ein gutes Beispiel für die Form einer solchen Belehrung bietet das von der Jugendkammer des Landgerichts Hannover entwickelte Formblatt [1], in dem der zu Untersuchende oder sein gesetzlicher Vertreter über die Methoden der Glaubwürdigkeitsuntersuchung und ihre Freiwilligkeit unterrichtet werden. Nimmt man eine solch allgemeine Belehrungspflicht an, so kann der mit der Untersuchung beauftragte Sachverständige ohne weiteres von der Freiwilligkeit ausgehen und braucht sich darüber bei dem Zeugen nicht mehr zu vergewissern.

3) Stellt sich ein insoweit belehrter Zeuge der Untersuchung seiner Glaubwürdigkeit, so muß untersucht werden, welche Untersuchungsmethoden wie Fragebogen, projektive Tests und Explorationen der Sachverständige zulässigerweise anwenden darf, und ob er berechtigt ist, den Zeugen auch über das von diesem geschilderten Tatgeschehen zu explorieren. Dazu sollen zunächst die hauptsächlich angewendeten Testverfahren und Explorationstechniken dargestellt und danach die Zulässigkeit ihrer Anwendung durch den Sachverständigen geprüft werden.

Die verschiedenen Testverfahren lassen sich in Fragebogen und Leistungsproben, projektive Tests und Explorationen einteilen [2].

a) Der wohl am häufigsten verwendete Fragebogen, der sog. "MMPI" (Minnesota Multiphasic Personality Inventory) besteht aus ca. 550 Fragen, in die eine Reihe von Kontroll- oder Fangfragen eingearbeitet sind, um z.B. eine mögliche Neigung zum Lügen aufzudecken [3].

---

1) wiedergegeben bei Blau, Ger. Psych. S. 359

2) vgl. zum folgenden die ausführliche Darstellung der verschiedenen psychologischen Testverfahren bei Schuster, Diss. München 1966, S. 3ff

3) vgl. Schuster a.a.O.

Durch Leistungsproben sollen die Abstraktionsfähigkeit, die Merkfähigkeit, das räumliche Vorstellungsvermögen und andere Fähigkeiten des Probanden erforscht werden.

b) Die projektiven Testverfahren sind dadurch gekennzeichnet, daß sie nicht nur einzelne Fähigkeiten oder Charakterzüge des Probanden für den psychologischen Sachverständigen sichtbar machen, sondern die ganze Persönlichkeit, seine Gefühle, seine Eigenschaften, seine inneren Konflikte. Dabei lassen sich Zeichentests, bei denen der Proband gewisse Zeichnungen (etwa einen Baum oder eine menschliche Gestalt) anfertigen muß, und Verbaltests unterscheiden, bei denen dem Probanden Zeichnungen (z.B. Tafeln mit verschiedenen Farbklecksen) vorgelegt werden, die er deuten soll oder von denen er sagen soll, woran sie ihn erinnern.

c) Kernstück einer psychologischen Untersuchung bildet das sog. "prodiagnostische Gespräch" [1], dessen wesentlicher Teil die "spezielle Exploration zur Sache" [2] ist. Dabei wird zunächst der Proband zu einer "selbständigen und freien Schilderung des fraglichen Sachverhalts" veranlaßt [3]. Ausgehend von diesen Angaben wird dann in einem zweiten Abschnitt der Exploration die zunächst dürftige Schilderung durch Fragen des Sachverständigen ergänzt und präzisiert, jedoch unter Verzicht auf alle Stellungnahmen und Einwände[4]. Im letzten Abschnitt der Exploration wird dann die Aussage Belastungen und Einwänden ausgesetzt und dabei ihre Entwicklung beobachtet [5]. Undeutsch [6] spricht dabei von "verschiedenartigen Abdrängungs- und Belastungsversuchungen" unter Zuhilfenahme von Tonbandprotokollen. Friedrichs [7] führt dazu aus, daß dann die Absicht des Untersuchers in

---

1) Müller-Luckmann, Ger. Psych. S. 140; Friedrichs, Handb. d. Psych. Bd. 11, S. 10ff; vgl. auch Undeutsch, Aussagepsychologie, in Ponsold, 2. Aufl. S. 191ff.

2) Friedrichs a.a.O. S. 10; Ehrhardt u. Villinger, Psychiatrie der Gegenwart, Bd. III S. 316

3) Friedrichs a.a.O.

4) Friedrichs a.a.O. S. 11

5) Friedrichs a.a.O. S. 14

6) Die Entwicklung der gerichtspsychologischen Gutachtertätigkeit S. 15

7) a.a.O. S. 14

Gegensatz zu den Interessen des Probanden gerät und die Exploration dabei nicht selten konflikthaften Charakter annimmt. Ziel jeder Exploration sei es, durch eine Korrektur der Aussage herbeizuführen, daß mit zunehmender Wirklichkeitsannäherung die Aussage ein einheitliches und eindeutiges Merkmalsgepräge gewinne [1].

4) Untersuchung der dargestellten Verfahren auf ihre Vereinbarkeit mit §§ 80, 136a StPO und Art. 1 GG

a) Bei der Untersuchung, ob die dargestellten Testverfahren zur Untersuchung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen mit Art. 1 GG und § 136a StPO vereinbar sind, läßt sich für die Fragebogentests und Leistungsproben sagen, daß es sich dabei um bewußte und gewollte Äußerungen des Probanden handelt, von denen er weiß, daß sie seine Fähigkeiten und Charakterzüge erkennen lassen. Sie machen ihn weder zum bloßen Objekt des Verfahrens noch greifen sie in seine Willens- oder Einsichtsfähigkeit ein. Ein Verstoß gegen § 80 StPO liegt nicht vor. Diese Verfahren darf der Sachverständige zulässigerweise anwenden.

b) Etwas anders liegt es bei den projektiven Testverfahren. Im Unterschied zu den Leistungsproben legt hierbei der Proband - ohne es zu wissen und zu wollen - das Bild seines Innern in das von ihm produzierte Material, er "projiziert" seine Psyche in seine Äußerung oder Zeichnung [2]. Doch kann nicht gesagt werden, daß dieses Verfahren das Bewußtsein und den Willen in entwürdigender Weise ausschaltet und dadurch den Zeugen zum bloßen Objekt psychologischer Forschung herabwürdigt [3]. Der Proband wird nicht unter Verletzung seiner Menschenwürde zum Objekt gemacht, denn auch der Richter darf in gewissem Umfang den Zeugen zum Objekt machen, indem er sein Auftreten und sein Verhalten (Unsicherheit, Erröten ...) in der Hauptverhandlung deutet.

---

1) Friedrichs a.a.O. S. 5

2) Schuster, Diss. S. 10

3) Schuster S. 27; a.A. Hörstel DVBL 64, 1012

Im Unterschied zum Lügendetektor, dessen ausgewiesene physiologische Reaktionen der Proband nicht bewußt steuern kann, werden die nach projektiven Verfahren interpretierten Bekundungen bewußt und gewollt der Außenwelt bekannt gemacht [1]. Es liegt keine automatische Reaktion vor, sondern es geht ein Willensentschluß zur Offenbarung voraus. Allerdings weiß der Proband nicht, was er dem Psychologen dabei offenbart. Doch wird das Bewußtsein des Probanden nicht berührt, so daß ein Verstoß gegen § 136a StPO nicht vorliegt.

Da jedoch die projektiven Verfahren eine gewisse Verwandschaft mit Lügendetektor, Narkoanalyse und ähnlichen verbotenen Verfahren aufweisen, sollte der Sachverständige bei ihrer Anwendung eine gewisse Vorsicht walten lassen [2]. Er muß dem Probanden das Testverfahren vorher erläutern, damit die unbedingte Freiwilligkeit der Mitwirkung gewährleistet ist. Grundsätzlich aber sind dem Sachverständigen bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen auch projektive Tests erlaubt.

c) Grundsätzliche Bedenken bestehen jedoch gegen die aussagepsychologische Exploration in der von Undeutsch[3] und Friedrichs [4] geschilderten Form. Die Bedenken gehen dabei in verschiedene Richtungen.

aa) Die so durchgeführte Exploration hat zum erklärten Ziel, die Wahrheit über das Tatgeschehen, nicht nur über den Zeugen, ans Licht zu bringen [5]. Die "Exploration zur Sache" soll also nicht, wie die dargestellten Testverfahren, die allgemeine Glaubwürdigkeit des Zeugen erforschen, sondern die spezielle Glaubwürdigkeit der Aussage.

Der BGH hat dieses Verfahren bisher nicht beanstandet, er hat es sogar gebilligt. In einem Urteil vom 13.2.1959 [6] führt der BGH aus, die psychologischen Sachverständigen pflegten bei ihren Explorationen meist das Tatgeschehen selbst durch Anhörung des zu begutachtenden Zeugen zu er-

---

1) Schuster S. 27

2) Blau, Ger. Psych. S. 363; Schuster S. 170

3) Die Entwicklung der gerichtspsychologischen Gutachtertätigkeit S. 15

4) Handb. d. Psych. Bd. 11, S. 10ff

5) Undeutsch, Entwicklung ... S. 15; Friedrichs a.a.O. S. 5

6) BGHSt 13, 2

forschen. Dabei zitiert der BGH billigend die Ansicht von Undeutsch [1], häufig vermöge erst die Exploration durch den Sachverständigen eine unverfälschte, ehrliche und vollständige Schilderung des Geschehens herbeizuführen.

In einem Urteil vom 10.10.1957 [2] läßt der BGH sowohl die "allgemeine Exploration" als auch die "gezielte Exploration" zum Tatgeschehen zur Prüfung der "auf die Anklagetatsachen bezüglichen Glaubwürdigkeit" unbeanstandet.

Diese Form der Glaubwürdigkeitsuntersuchung hält der BGH für zulässig, sofern die dem Sachverständigen dabei bekannt gewordenen Zusatztatsachen nur in zulässiger Weise durch Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführt werden [3].

In dem Grundsatzurteil vom 14.12.1954 [4] hält der BGH es sogar für einen Vorteil, daß der Sachverständige ein Kind zu einer solchen "Untersuchung" überraschend abholen lassen könnte.

Legt man die Auffassung des BGH zu eigenen Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen durch sonstige Zeugenbefragungen zugrunde, wonach der Sachverständige strengstens auf den "verfahrensrechtlich einwandfreien" Weg des § 80 StPO verwiesen und lediglich eine vorbereitende Befragung für zulässig erklärt wird, so muß die Einstellung des BGH zu den eigenen Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen im Rahmen von Glaubwürdigkeitsuntersuchungen verwundern.

Auch Sarstedt [5], der den Sachverständigen ansonsten eng an § 80 StPO bindet, will diese Grundsätze für Unterhaltungen, die der Sachverständige mit einem Zeugen führe, dessen Glaubwürdigkeit er sachkundig zu beurteilen habe, nicht gelten lassen. Sarstedt begründet das damit, daß eine derartige Untersuchung vielfach in der Gegenwart und unter der verantwortlichen Leitung eines Vernehmungsbeamten nicht möglich oder nicht erfolgversprechend sei.

---

1) Bei Ponsold, 2. Aufl. S. 200

2) NJW 58, 269

3) BGHSt 13, 3; 18, 106

4) BGHSt 7, 82

5) Löwe - Rosenberg § 80 Anm. 3 a

Bei einer Würdigung dieser Ansichten muß zunächst dem BGH widersprochen werden, wenn er meint, der Sachverständige dürfe ein Kind "überraschend abholen lassen". Eine solche Befugnis des Sachverständigen entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage und läßt sich außerdem mit der Freiwilligkeit der Untersuchung nicht vereinbaren [1].

Weiterhin fällt auf, daß sowohl der BGH als auch Sarstedt darüber schweigen, wie denn solche Explorationen mit § 80 StPO in Einklang zu bringen sind. Mit dem praktischen Argument, daß solche Untersuchungen auf dem Weg des § 80 StPO unmöglich oder nicht erfolgversprechend seien, läßt sich die verfahrensrechtliche Zulässigkeit jedenfalls nicht begründen. Was auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Weg nicht erreicht werden kann, ist eben unzulässig. Was der Sachverständige bei diesen Explorationen tut, ist nichts anderes als eine Vernehmung zur Sache, mag er sie auch wissenschaftlich "Exploration" nennen. Denn eine Exploration mit dem erklärten Ziel, die Wahrheit über das Tatgeschehen zu erforschen, stellt materiell eine Vernehmung zur Sache dar. Eine Vernehmung zur Sache ist aber nicht Aufgabe des Sachverständigen und ist für diesen unzulässige eigene Ermittlungstätigkeit.

Der Sachverständige stellt bei solchen Explorationen bewußt eigene, kriminalistische Kombinationen über den Tathergang an [2] - die in dieser Form unzulässig sind [3] - und überprüft diese durch eingehende Vernehmungen. Daß dies auch von der Praxis erkannt und gebilligt wird, zeigt die Tatsache, daß der BGH [4] selbst von einer "Vernehmung des Kindes durch den Sachverständigen" spricht. Ein eigenes

---

1) Bockelmann GA 55, 331; vgl. auch den von Bockelmann a.a.O. Fußn. 37 geschilderten Fall, in dem ein Junge, der als Zeuge in einem Sittlichkeitsprozeß den Angeklagten belastet hatte, unter dem Vorwand, er solle zur Erholung verschickt werden, seiner Mutter weggenommen und ohne deren Wissen in ein tiefenpsychologisches Institut gebracht wurde. Mit einer Befugnis des Sachverständigen, ein Kind überraschend abholen lassen zu können, würde solchen Fällen Vorschub geleistet.

2) vgl. Undeutsch, Aussagepsychologie, in Ponsold, 2. Aufl. S. 191ff und ders. in Handb. d. Psych. Bd. 11, S. 26 ff

3) siehe oben S. 54 ff.

4) BGHSt 7, 84

Vernehmungsrecht hat der Sachverständige aber gerade nicht, wie aus § 80 StPO hervorgeht [1]. Für eine Ausnahme von § 80 bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen fehlt aber jede gesetzliche Grundlage.

Unrichtig ist auch die Ansicht von Schnetz [2], der im übrigen den Glaubwürdigkeitsgutachten ablehnend gegenübersteht, daß es selbstverständlich sei, daß bei der hervorragenden Bedeutung, die der "Vernehmung" des Kindes durch den Sachverständigen allenthalben beigemessen werde, in dem Auftrag der Staatsanwaltschaft, die Aussage eines Kindes zu begutachten, die Ermächtigung inbegriffen sei, das Kind zu vernehmen. Diese Ermächtigung werde gedeckt durch § 80 I StPO. § 80 StPO hat aber Vernehmungen durch die dazu berufenen Strafverfolgungsorgane in Abwesenheit des Sachverständigen zum Inhalt [3]. Wie man aus § 80 I StPO die Zulässigkeit einer Ermächtigung des Sachverständigen zu selbständigen Vernehmungen entnehmen kann, ist nicht recht verständlich. Hat man die Unzulässigkeit einer solchen Ermächtigung erkannt, so fragt es sich, wie die Explorationen sonst in Übereinstimmung mit § 80 StPO gebracht werden können. Panhuysen [4] meint, unter die von der Strafprozeßordnung in § 80 I StPO vorgesehenen Möglichkeiten des Sachverständigen, sich ein Bild von der Situation des Zeugen zu verschaffen, falle die Exploration überhaupt nicht. Diese Ausforschungsmethode stehe dem Sachverständigen nur dann zur Verfügung, wenn der Zeuge sich damit einverstanden erkläre, daß er sich einer über seine Zeugenpflicht hinausgehenden Glaubwürdigkeitsuntersuchung unterziehen wolle. Da dem Richter aber mit einer bloßen Persönlichkeitswürdigung ohne Bezug zum Tatgeschehen nicht gedient sei, könne man nicht umhin, auch die Exploration zur Sache zuzulassen.

Hier zeigt sich wieder einmal deutlich, daß ausschließlich praktische Gründe als Argument zur Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift benutzt werden. Daß die Einwilligung

---

1) vgl. S. 30, 31 und S. 48

2) Das Kind als klassischer Zeuge bei Sexualdelikten, Darmstadt 1961, S. 141

3) h.M. vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 3 a u. 5 a.E.

4) Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit, S. 72

des Zeugen die Geltung des § 80 StPO ausschaltet und der Sachverständige damit ein "Vernehmungsrecht" hat, ist nicht einzusehen. Auch wenn der Zeuge einwilligt, fehlen bei einer Vernehmung durch einen Sachverständigen die verfahrensrechtlichen Garantien, die eine richterliche Vernehmung bietet. Auch Panhuysen [1] sieht die Gefahr, daß dabei im Sachverständigen der "Jagdeifer" erwacht und er über den Rahmen seiner Sachverständigentätigkeit hinausgeht und tatsächlich den Zeugen vernimmt, meint aber, diese Gefahr müsse man in Kauf nehmen. Dem kann aus den oben genannten Gründen nicht gefolgt werden. Zudem geben die schlechten Erfahrungen mit "sachverständigem Verfolgungseifer" Grund zur Zurückhaltung.

Es bleibt dem Sachverständigen lediglich die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit, bei einer richterlichen Vernehmung anwesend zu sein und Fragen zu stellen. Dabei gilt das zu sonstigen Zeugenbefragungen und Befragungen des Beschuldigten durch den Sachverständigen Gesagte [2].

Im Rahmen der erlaubten Glaubwürdigkeitsuntersuchung sind Explorationen über den Lebenslauf, die schulische Entwicklung, das familiäre Milieu und ähnliche Dinge zulässig und geboten [3], eine Exploration zur Sache mit dem erklärten Ziel der Tatbestandserforschung muß jedoch als gegen § 80 I, II verstoßende Vernehmungstätigkeit des Sachverständigen für unzulässig gehalten werden. Der Sachverständige ist nach seiner verfahrensrechtlichen Stellung bloßes Beweismittel für Tatsachen, die das Gericht aufgrund fehlender Sachkunde nicht selbst feststellen oder würdigen kann. Eine Exploration in der von Undeutsch [4] und Friedrichs [5] geschilderten Form könnte ebensogut vom Richter in Einzelvernehmungen durchgeführt werden, da es sich dabei letztlich nur um eine sehr eingehende Vernehmung zur Sache handelt.

---

1) S. 72, 73; vgl. auch Peters, Lehrb. S. 312

2) vgl. III B 2 b (Zeugen) und III A 2 c cc (Beschuldigte)

3) vgl. Redelberger NJW 65, 1992

4) Ponsold 2. Aufl. S. 191ff und Handb. d. Psych. Bd. 11, S. 26

5) Handb. d. Psych. Bd. 11 S. 3ff

Das gibt auch Panhuysen [1] durchaus zu, ohne jedoch daraus den Schluß der Unzulässigkeit zu ziehen. Peters [2] kommt in seiner umfangreichen Untersuchung über Fehlerquellen im Strafprozeß zu dem Ergebnis, daß viele in Glaubwürdigkeitsgutachten angestellte Erwägungen der Richter selbst hätte anstellen können und sollen.

Nimmt der Sachverständige somit richterliche Aufgaben wahr, betätigt er sich als "Verhörsperson", so geht er über die ihm von der StPO zugewiesenen Aufgaben hinaus und betreibt unzulässige eigene Ermittlungstätigkeiten.

bb) Auch im Hinblick auf § 136a StPO sind solche Explorationen nicht frei von Bedenken. Der Zeuge wird dabei regelrecht "in die Mangel genommen" [3]. Zu einer Exploration gehören nach Undeutsch [4] auch provozierende Suggestionen und Beeinträchtigungen des Erinnerungsvermögens. "Abdrängungs- und Belastungsversuche" [5] grenzen an willensbeeinflussende Täuschungen und Drohungen. Solche Methoden liegen an der Grenze der Methoden, die § 136a StPO wegen der Gefahr für die Wahrheitsfindung gerade aus dem Strafverfahren heraushalten will. Daran ändert auch gem. § 136a III StPO die Einwilligung des Betroffenen nichts. Zwar sind beispielsweise Suggestivfragen von § 136a StPO nicht gänzlich verboten [6], doch muß mit Krauß [7] darauf hingewiesen werden, daß das Bedenkliche an derartigen Explorationen die Tatsache ist, daß die Aussagepsychologie ein derart an die Grenzen des § 136a StPO rührendes "Gespräch" zur Methode erhebt. Krauß [8] stellt mit Recht die Frage, ob die unbezweifelbar

---

1) S. 57, 58

2) Fehlerquellen im Strafprozeß Bd. II S. 142

3) vgl. die von Undeutsch a.a.O. wiedergegebenen Protokolle

4) Handb. S. 121 u. 164; vgl. dazu auch Krauß, Straf. Problematik ... S. 13,14

5) Undeutsch, Entwicklung ... S. 15

6) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 136a Anm. 4 f

7) Straf. Problematik ... S. 14

8) a.a.O. und ZStW 73, 329

höhere Erfolgsquote bei psychologischen Vernehmungen nicht in erster Linie darauf zurückzuführen sei, daß der Sachverständige sich dabei solcher Methoden bediene, die dem Richter in der Hauptverhandlung versagt seien, weil sie mit strafrechtlicher und prozeßrechtlicher Methodik nicht in Einklang zu bringen seien oder ihnen gar stracks zuwiderliefen. Diese Frage muß angesichts der Ergebnisse der Untersuchung von Panhuysen [1] bejaht werden. Die vom BGH [2] hervorgehobenen "überlegenen Erkenntnismittel" des Sachverständigen bestehen zum großen Teil nur darin, daß der Sachverständige den Zeugen intensiver und unter teilweiser Überschreitung der durch § 136a StPO gezogenen Grenzen "vernimmt", bzw. Persönlichkeitsrechte des Zeugen mißachtet [3].

Auch hinsichtlich möglicher Verstöße gegen § 136a StPO muß daher eine Exploration zur Sache zur Prüfung der speziellen Glaubwürdigkeit als bedenklich angesehen werden.

cc) Verstoßen könnte eine Exploration zur Sache auch gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung und der freien Beweiswürdigung des Gerichts, § 261 StPO. Bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen werden die wesentlichen Ergebnisse im Institut des Sachverständigen erhoben und können in der Hauptverhandlung nicht ohne weiteres reproduziert werden [4]. Das ist jedoch bei der Sachverständigentätigkeit allgemein der Fall. Auch eine Untersuchung auf den Geisteszustand kann in der Hauptverhandlung nicht reproduziert werden. Ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 261 StPO läßt sich daraus nicht ableiten.

Bei der Exploration zur Sache besteht dagegen umgekehrt die Gefahr, daß die "richtige" Aussage des kindlichen Zeugen im Gespräch mit dem Sachverständigen zustandekommt

---

1) S. 90 ff

2) BGHSt 7, 83; vgl. auch Tröndle, JZ 69, 375: "Der Strafrichter kann in der Hauptverhandlung den Zeugen nur vernehmen. Der Sachverständige kann sie aber auch explorieren und testen und damit dem Gericht weitere Erkenntnismittel liefern. Das muß sich der Richter im Interesse der Wahrheitserforschung zunutze machen." Gegen Tröndle mit Recht Krauß, ZStW 73, 330 Fußn. 24

3) vgl. Krauß, ZStW 73, 330

4) Leferenz, Kriminalbiol. Gegenwartsfr. H. 5, S. 8

und in der Hauptverhandlung dann nur noch reproduziert wird [1]. Es besteht die Gefahr, daß das Kind sich durch seine vor dem Sachverständigen gemachte Aussage festgelegt fühlt. Die Überzeugung des BGH [2], der Sachverständige werde schon "behutsam und vorsichtig" vorgehen, so daß das Kind sich nicht festgelegt fühle, kann angesichts der von Undeutsch und Friedrichs geschilderten Methoden nicht geteilt werden.

Roesen [3] meint, die Explorationsaussage rage "wie ein Felsblock, statisch, in die Dynamik der Hauptverhandlung herein". Der Richter werde dadurch der selbständigen Verantwortung entwöhnt. Er fordert daher temperamentvoll, "diese Denaturierung der Hauptverhandlung" rückgängig zu machen und dem Richter zurückzugeben, was des Richters sei.

Eb. Schmidt [4] führt unter Hinweis auf Bockelmann [5] zutreffend aus, da der Sachverständige bei der Glaubwürdigkeitsprüfung den Richter nicht nur über die Erkenntnisse der Aussagepsychologie unterrichte, sondern diese Grundsätze auf die konkrete Aussage anwende und somit ein Werturteil fälle, nehme er dem Richter die Beweiswürdigung ab. Für den Richter bleibe für die vom BGH [6] geforderte selbständige Würdigung der Zeugenaussage nicht mehr viel übrig. Auch wenn man dagegen mit Blau [7] der Ansicht ist, die Bejahung der speziellen Glaubwürdigkeit durch den psychologischen Sachverständigen könne immer nur negativ bedeuten, daß sich psychologischerseits keine Anhaltspunkte für eine bewußte oder unbewußte Falschbezichtigung ergeben hätten und es dann die Sache des Richters sei, die so begutachtete Aussage gegen die Einlassung des Angeklagten und das übrige Beweisergebnis abzuwägen, bleiben doch Bedenken übrig, ob damit das Problem der Vereinbarkeit einer speziellen Glaubwürdigkeitsprüfung mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit

---

1) Bockelmann GA 55, 333; vgl. auch Blau, GA 1959, 300
2) BGHSt 7, 82
3) NJW 64, 443
4) Festschrift für K. Schneider S. 264, 265
5) GA 55, 329
6) vgl. BGHSt 8, 130
7) ZStW 78, 153

der Hauptverhandlung und der freien Beweiswürdigung des Gerichts gelöst ist. "Frei" ist die Beweiswürdigung durch den Richter nach der Exploration des Zeugen durch einen Sachverständigen sicherlich nicht mehr.

dd) Im Rahmen von Glaubwürdigkeitsuntersuchungen darf der Sachverständige somit die allgemeine Glaubwürdigkeit durch verschiedene Testverfahren überprüfen, wobei bei der Anwendung von projektiven Tests eine gewisse Vorsicht angebracht ist. Durch Erforschung der persönlichen Verhältnisse und des Lebenslaufes [1] darf er auch Tatsachen feststellen, die auf die spezielle Glaubwürdigkeit Einfluß haben können, wie Kindheitsprobleme, frühere Erlebnisse und etwaige frühere Falschbezichtigungen. Die spezielle Aussage zum Tatgeschehen darf er sich jedoch nur über den Weg des § 80 StPO beschaffen. Benötigt er insoweit Angaben des Zeugen, so muß er eine richterliche Vernehmung beantragen.

Selbstverständlich darf der Sachverständige die so als Anknüpfungsmaterial gewonnene Aussage des Zeugen wie andere ihm vom Gericht zur Verfügung gestellte Anknüpfungstatsachen in seinem Gutachten würdigen. Er darf also die ihm mitgeteilte Aussage des Zeugen mit dem von ihm gewonnenen Persönlichkeitsbild in Beziehung setzen. Die auf justizförmige Weise ermittelten Anknüpfungstatsachen darf er jederzeit in seinem Gutachten verwerten.

Im Gegensatz zu der Ansicht von Blau [2], der es dem Sachverständigen erlauben will, "durch behutsames Aufhellen der affektiven Beziehungen" des Probanden zum Angeklagten, der psychologischen Hintergründe und der Entstehung der Aussage und durch Stichproben über die Vertrauenswürdigkeit früherer Aussagen die Exploration auf die spezielle Glaubwürdigkeit zu erstrecken, muß nach der hier vertretenen Ansicht dieses behutsame Aufhellen in Anwesenheit des Richters geschehen. Dabei

---

1) Auf die Wichtigkeit der Erforschung der Persönlichkeit des Zeugen weisen Peters, Fehlerquellen Bd. II S. 150 und Redelberger NJW 65, 1990ff besonders hin. Sie bemängeln an den Methoden von Undeutsch, daß er dieser Erkenntnisquelle viel zu wenig Bedeutung beimesse.

2) Gerichtl. Psych. S. 362

ist es gerade hier, wo es sich hauptsächlich um Kinderaussagen handelt, erstrebenswert, daß möglichst schon bei der ersten Vernehmung ein psychologischer Sachverständiger hinzugezogen wird, wie es auch in Nr. 242 Abs. 1 RiStBV vorgesehen ist [1]. Eine vertrauenerweckende Atmosphäre läßt sich auch bei einer richterlichen Vernehmung und sogar in der Hauptverhandlung schaffen. Die von Blau doch sehr unpräzise gefaßten Rechte des Sachverständigen würden "durch die Hintertür" wieder zu einer Vernehmung durch den Sachverständigen führen.

Was der Sachverständige über die oben geschilderten erlaubten Untersuchungsmethoden hinaus durch Explorationen vornimmt, ist unzulässige eigene Ermittlungstätigkeit.

Genügen die in diesem Verfahren gewonnenen Ergebnisse dem Sachverständigen nicht, um ein Gutachten über die spezielle Glaubwürdigkeit abzugeben, so bleibt dies der uneingeschränkten Beweiswürdigung durch das Gericht überlassen. Was der Sachverständige nur über die zweifelhafte Methode der "Exploration zur Sache" feststellen kann, muß ihm dann verschlossen bleiben. Es muß hier auf den Satz des BGH verwiesen werden, "daß es auch sonst kein Grundsatz der Strafprozeßordnung sei, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte" [2].

Daß dadurch der Wahrheitsfindung ein wesentliches Hilfsmittel vorenthalten würde, kann außerdem angesichts der auch von Psychologen zugegebenen Unsicherheit der psychologischen Methoden [3] und der vorhandenen Gegensätze zwischen

---

1) vgl. dazu Koppe, Ger. Psych. S. 99ff

2) BGHSt 14, 358 (365)

3) vgl. Peters, Untersuchungen zum Fehlurteil im Strafprozeß, Berlin 1967, S. 23;
So sagt die Psychologin Müller - Luckmann, Über die Glaubwürdigkeit kindlicher und jugendlicher Zeugen bei Sexualdelikten, Stuttgart 1959, S. 23ff, es existiere nicht eine einzige psychologische Testmethode, aus der sich direkte Schlüsse auf die Glaubwürdigkeit ziehen ließen, während Undeutsch, Entwicklung ... S. 15, meint, es seien so zuverlässige Aussagekriterien bekannt, daß man darauf Urteile bauen könne. Daß auch Kapazitäten wie Undeutsch irren können, trotz ihrer weitgehenden Explorationen, zeigen die Beispiele bei Roesen, NJW 64, 442ff und Redelberger, NJW 65, 1990ff; gegen Undeutsch auch Blau ZStW 78, 164

den verschiedenen psychologischen Schulen nicht gesagt werden.

ee) Die Frage, ob es erstrebenswert wäre, de lege ferenda eine entsprechende Vorschrift fassen, die es dem Sachverständigen gestatten würde, einen Zeugen selbständig zu vernehmen und ihn auf seine spezielle Glaubwürdigkeit zu untersuchen, muß mit Panhuysen [1] verneint werden. Abgesehen von der Tatsache, daß eine Glaubwürdigkeitsuntersuchung nur Erfolg verspricht, wenn sich der Proband ihr freiwillig unterzieht und sie unter Zwang schlechterdings unmöglich ist, besteht bei solchen Explorationen die Gefahr, daß der Sachverständige durch "Abdrängungs- und Belastungsversuche" und "beharrende Suggestionen" die Aussage verändert und damit ein Beweismittel verfälscht. Es würde vom Sachverständigen ein juristisch relevanter Sachverhalt manipuliert [2]. Auch bei Einverständnis des Zeugen sollte es bei der bestehenden Rechtslage bleiben und eher die Praxis an diese Rechtslage strenger gebunden werden.

Die wesentliche Tätigkeit des Sachverständigen bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen bleibt die Persönlichkeitserforschung und die Unterrichtung des Richters über die Erkenntnisse der Aussagepsychologie. Der Sachverständige soll dem Richter die Sachkunde vermitteln, mit deren Hilfe er Tatsachen feststellen kann, die für die Glaubwürdigkeitsbeurteilung wesentlich sind [3]. Das kann vor allem dadurch geschehen, daß der Sachverständige bei richterlichen Vernehmungen anwesend ist und von seinem Fragerecht nach § 80 II StPO Gebrauch macht. Die Vernehmung des Zeugen oder Beschuldigten und die Würdigung der Aussage als wahr oder unwahr muß gem. § 261 StPO dem Gericht überlassen bleiben.

---

1) S. 109 ff.

2) Krauß, Strafr. Problematik ... S. 41

3) so richtig BGH NJW 66, 1873

5. Zulässigkeit einer Glaubwürdigkeitsuntersuchung in Anwesenheit des Richters bei Weigerung des Zeugen

a) Zu erörtern ist noch im Zusammenhang mit Glaubwürdigkeitsuntersuchungen, ob bei Weigerung eines Zeugen, sich auf seine Glaubwürdigkeit untersuchen zu lassen, eine Begutachtung durch den Sachverständigen dennoch durchgeführt werden darf in der Form, daß der Zeuge richterlich (in der Hauptverhandlung oder in einer Einzelvernehmung) in Anwesenheit eines Sachverständigen vernommen wird und der Sachverständige sein Gutachten aufgrund dieser Vernehmung abgibt.

Der BGH [1] hat es für zulässig erklärt, zur Vernehmung eines die Glaubwürdigkeitsuntersuchung verweigernden Zeugen in der Hauptverhandlung einen Sachverständigen hinzuzuziehen. Dabei komme die Erstattung des Gutachtens nach Maßgabe des § 80 StPO gefördert werden. Begründet wird dies damit, die Zeugnispflicht schließe ein, daß ein Zeuge die Prüfung seiner Glaubwürdigkeit dulden müsse. Der Richter sei zu dieser Prüfung verpflichtet; es gebe keine gesetzliche Vorschrift, die ihm verböte, sich dabei der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen. Der BGH wandte sich dabei gegen die Auffassung des OLG Hamm [2], das gerade diese Form der Beweiserhebung für unzulässig gehalten hat. Der vom OLG Hamm entschiedene Fall zeigt deutlich das Problem auf, um das es dabei geht.

Ein die Glaubwürdigkeitsuntersuchung verweigernder Zeuge sollte aufgrund eines Beschlusses des Landgerichts durch einen Amtsrichter als ersuchten Richter in Gegenwart eines psychiatrisch - psychologischen Sachverständigen vernommen werden, wobei der Sachverständige das Recht haben sollte, an ihn Fragen über seinen Werdegang, Krankheiten, nervenärztliche Behandlungen und Therapien als auch sonstige Fragen, die er zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit für erforderlich hielt, zu stellen. Auf Rückfrage des Amtsgerichts wurde die

---

1) BGHSt [illegible]

2) [illegible] NJW [illegible]

beschlossene Maßnahme dahin erläutert, daß die Vernehmung sich auf alle Fragen erstrecken sollte, die die allgemeine und die besondere Glaubwürdigkeit des Zeugen beträfen, und daß der Sachverständige die wesentlichen Fragen der Vernehmung stellen würde.

Hier muß gefragt werden, ob es nicht eine schlichte Umgehung des Weigerungsrechts des Zeugen darstellt, wenn er auf diese Weise doch auf seine Glaubwürdigkeit untersucht wird. Das OLG Hamm hat aus diesem Grunde die in die äußere Form einer Zeugenvernehmung gekleidete Exploration hinsichtlich des geistigen und seelischen Zustands für unzulässig erklärt. Da die wesentlichen Fragen der Sachverständige habe stellen sollen, handelte es sich nicht um eine Vernehmung, bei der der Zeuge über Wahrnehmungen berichten sollte. Nur eine Aussage über Wahrnehmungen zu machen sei aber Pflicht eines jeden Bürgers, nicht aber über seinen Geisteszustand oder seine Glaubwürdigkeit.

Janetzke [1] führt gegen die Ansicht des OLG Hamm an, wenn diese richtig wäre, würde es auch dem psychiatrisch vollausgebildeten Richter verwehrt sein, Fragen an den Zeugen über Werdegang, Krankheiten und nervenärztliche Behandlungen zu stellen. Sarstedt [2], der der Auffassung des BGH folgt, will das Fragerecht des Sachverständigen lediglich dadurch beschränken, daß der Richter "ungeeignete" und "nicht zur Sache gehörende" Fragen zurückzuweisen habe. Fragen zur Glaubwürdigkeit des Zeugen gehörten aber allemal zur Sache und seien dem Sachverständigen daher erlaubt.

Schuster [3] meint, von einer Umgehung des § 81c StPO könne schon deshalb nicht gesprochen werden, weil der Gesetzgeber nicht das Beweisthema - Geisteszustand des Beschuldigten - habe ausschließen, sondern lediglich die Untersuchung des Körpers habe beschränken wollen. § 81c StPO regele daher nur die Art und Weise der Beweisführung, nämlich durch "Unter-

---

1) NJW 58, 536

2) Löwe - Rosenberg § 81c Anm. 7 und § 80 Anm. 4 b

3) Diss. S. 77, 78

suchung". Eine Umgehung dieser Vorschrift durch "Vernehmung" sei also schon begrifflich ausgeschlossen. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. § 81c StPO ist auch im Zusammenhang mit § 81 StPO zu sehen. Da die beim Beschuldigten zulässige Beobachtung zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand gar keine "Untersuchung" im eigentlichen Sinne darstellt, sondern eben nur eine Beobachtung, muß aus der Nichterwähnung einer solchen Beobachtung in § 81c StPO der Schluß gezogen werden, daß somit auch eine bloße Beobachtung des Zeugen unzulässig ist. Um eine solche handelt es sich aber, wenn der Sachverständige den Zeugen bei einer richterlichen Vernehmung beobachtet, wobei das Stellen von sachkundigen Fragen letztlich sogar zu einer Exploration = Untersuchung führen kann. Es soll nicht übersehen werden, daß diese Beobachtung nicht in einer Anstalt durchgeführt wird und § 81c StPO möglicherweise nur die Anstaltsbeobachtung ausschließen will. Dennoch erscheint die Argumentation von Schuster nicht zwingend. Zudem ließe sich von der Grundlage des § 81c StPO der von Schuster [1] abgelehnte Schluß ziehen, daß der Zeuge über seinen Körper nur insoweit aussagen muß, als es sich um Spuren oder Folgen einer Straftat handelt. Gegen diesen Schluß spricht allerdings die Regelung des § 68 StPO, da auch die Glaubwürdigkeit und der damit zusammenhängende Geisteszustand im weitesten Sinne zur Frage der körperlichen Verfassung gehören.

b) Es wäre zu erwägen, dem Sachverständigen lediglich zu verbieten, die "wesentlichen" Fragen zu stellen und die Grenze da zu ziehen, wo der Sachverständige praktisch die Vernehmung "übernimmt" [2], wo die Vernehmung eine getarnte Untersuchung der Glaubwürdigkeit darstellt. Diese Lösung ist jedoch deshalb in der Praxis schwer zu handhaben, weil eine Unterscheidung von "wesentlichen" und "unwesentlichen" Fragen im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann. Worauf soll dabei abgestellt werden, auf die Quantität der Fragen oder auf ihre Qualität? Außerdem wäre es mög-

---

1) a.a.O. S. 77

2) vgl. Eb. Schmidt § 80 Anm. 1; Janetzke NJW 58, 536

lich, daß der Sachverständige dem Richter die Fragen vorlegt, die dieser dann an den Zeugen richten soll, so daß formal der Richter die Fragen stellt. Eine Lösung des Problems durch Unterscheidung von "wesentlichen" und "unwesentlichen" Fragen erscheint daher nicht durchführbar.

c) Eher scheint sich die Lösung von Panhuysen [1] anzubieten, wonach der Zeuge nur verpflichtet sein soll, Fragen zu beantworten, die in einer "unmittelbaren Beziehung zum Tatkomplex" stehen. Auf Fragen nach seiner geistig - seelischen Entwicklung, nach Krankheiten oder anderen nur seine Person betreffenden Tatsachen dürfe er schweigen, ohne seine Zeugnispflicht zu verletzen. Der Sachverständige dürfe nur das erforschen, worüber der Richter im Rahmen einer Vernehmung zur Person (§ 68 StPO) Auskunft verlangen könne. Danach seien nur Fragen über solche Umstände erlaubt, die die Glaubwürdigkeit des Zeugen in der vorliegenden Sache beträfen. Dazu gehörten aber nicht Fragen nach Krankheiten und nach den Familienverhältnissen. Derartige Fragen zur Untersuchung brauche der Zeuge als außerhalb seiner Aussagepflicht liegend nicht zu beantworten [2].

Aber auch eine solche Unterscheidung zwischen Fragen, die in unmittelbarem und solchen, die nur in mittelbarem Zusammenhang mit dem Tatgeschehen stehen, erscheint problematisch. Ob der Zeuge eine Frage beantworten muß, richtet sich danach, ob sie zur Aufklärung des Tatgeschehens dienen kann oder aber lediglich zu verfahrensfremden Zwecken gestellt ist [3]. Zu solchen dienlichen Fragen gehören alle diejenigen, die sich "unmittelbar" oder "mittelbar" auf die zur Aburteilung stehende Sache beziehen [4]. Da Fragen zur speziellen Glaubwürdigkeit erlaubt sind, § 68 StPO, sich aus der allgemeinen Glaubwürdigkeit eines Zeugen aber Rückschlüsse auf die spezielle Glaubwürdigkeit ziehen lassen, müßte man daher auch Fragen nach Krankheiten, sozialem Milieu etc. ... zur Erfor-

---

1) S. 75; ebenso Wüst, Diss. München 1968, S. 55

2) vgl. Peters JR 70, 69

3) Schuster S. 76

4) vgl. BGHSt 2, 284

schung der allgemeinen Glaubwürdigkeit zulassen. Damit wäre aber eine Trennung von "unmittelbarer" und "mittelbarer" Beziehung zum Tatkomplex nicht mehr möglich.

d) Aus der Undurchführbarkeit dieser Lösung und wegen der Bedeutung des Weigerungsrechts des Zeugen muß die Konsequenz gezogen werden, daß eine Vernehmung des Zeugen in Anwesenheit eines Sachverständigen zur Untersuchung der Glaubwürdigkeit gänzlich unzulässig ist [1]. Es ist zwar richtig, wenn der BGH ausführt, der Zeuge habe eine Prüfung seiner Glaubwürdigkeit zu dulden, doch wird dabei übersehen, daß es sich hier letztlich um eine "Untersuchung" handelt, die er gerade nicht zu dulden verpflichtet ist. Es ließe sich doch gar nicht vermeiden, daß der Sachverständige aufgrund seiner Sachkunde die wesentlichen Fragen stellt und damit die Vernehmung übernimmt, den Zeugen also "exploriert". Das zeigt der vom OLG Hamm entschiedene Fall ganz deutlich. Das hatte auch das Amtsgericht bei seiner Rückfrage erkannt, was denn eigentlich Gegenstand der Vernehmung sein solle. Dazu kommt die Frage, wie sich dieses Verfahren mit der Tatsache vereinbaren läßt, daß niemand verpflichtet ist, gegenüber einem Sachverständigen Aussagen zu machen [2].

Peters [3] begründet die Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens noch mit dem von ihm so genannten "Verbot der Rollenvertauschung". Dieses Verfahren mache aus einem Beweismittel, dem Sachverständigen, eine Vernehmungsperson und aus einem Zeugen, der zur Sache aussagen solle, eine zur Untersuchung gestellte Person. Eine solche "Rollenvertauschung" sei unzulässig.

Sarstedt [4] ist dieser Ansicht von Peters entgegengetreten und meint, ein solches Verbot der Rollenvertauschung gebe es weder allgemein, noch gerade für diesen Fall. So würden je-

---

1) so OLG Hamm a.a.O.; Peters JR 70, 69 und Strafpr. i.d. Fortentwicklung S. 28; Jessnitzer, Der ger. Sachv. 3. Aufl. S. 136; Diese Ansicht hat Jessnitzer in der 4. Aufl. S. 171 im Anschluß an BGHSt 23, 1 aufgegeben.

2) vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 5 a.E.

3) JR 70, 69

4) Löwe - Rosenberg § 80 Anm. 4 b

den Tag vor Gericht Vernehmungsbeamte als Zeugen gehört und damit zu Beweismitteln gemacht. Vor Peters und außer Peters sei niemand auf den Gedanken gekommen, daß das verboten sein könne. Zwar ist Sarstedt insoweit Recht zu geben, doch ist an der Meinung von Peters richtig, daß jedenfalls mit der in § 80 StPO zum Ausdruck kommenden Stellung des Sachverständigen eine Umwandlung des Sachverständigen in eine Vernehmungsperson schwerlich in Einklang zu bringen ist. Dabei ist der Ausdruck "Rollenvertauschung" vielleicht etwas unglücklich gewählt.

Man mag es bedauern, daß ein solches Verfahren nach der bestehenden Gesetzeslage nicht zulässig ist. Ein solches Vorgehen muß aber auch aus kriminalistischen Erwägungen abgelehnt werden, so daß sich eine dahingehende Gesetzesänderung nicht empfiehlt. Ein auf so unzureichender Basis erstattetes Gutachten bedeutet eine Gefahr für die Wahrheitsfindung im Prozeß. Die unter der Leitung von Peters durchgeführten Untersuchungen zum Fehlurteil geben Anlaß zu der Warnung, Glaubwürdigkeitsprüfungen nicht abmulant oder gar nur in der Hauptverhandlung durchzuführen [1]. Von dieser Lösung wird allerdings das richterliche Fragerecht nicht berührt. Dies richtet sich nach den dafür bestehenden Vorschriften.

---

1) Peters JR 70, 69

F. Lösungsmöglichkeiten des Problems der eigenen Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen de lege ferenda

1. Berufung des Sachverständigen auf die Richterbank

a) Auf dem 43. Deutschen Juristentag 1960 in München hat Schröder [1] den Vorschlag zur Diskussion gestellt, zur Lösung vieler mit der Tätigkeit des Sachverständigen im Strafprozeß zusammenhängender Fragen neben dem juristischen Richter und dem Laienrichter den Sachverständigen-Richter auf die Richterbank zu berufen. Er erhoffte sich davon, daß die spezialpräventiv und kriminologisch bestimmten Instrumente des Strafrechts besser gehandhabt werden würden, als wenn Richter und Sachverständiger in getrennten Lagern stünden.

Das Hauptargument für eine solche Lösung des Grundkonflikts von Richter und Sachverständigem ist, daß der Sachverständige nicht nur als bloßer "Gehilfe" des Richters, sondern als Mitglied des gerichtlichen Gremiums selbst an der Verhandlung und Urteilsfindung mitwirken und damit vor allem auch die richterliche Verantwortung für die Entscheidung mittragen könnte [2]. Als Vorbild dienen etwa die als Laien berufenen Handelsrichter.

Ein Grund, weshalb es erstrebenswert sein könnte, den Sachverständigen an der richterlichen Verantwortung zu beteiligen, ist ferner, daß es heute wegen der Kompliziertheit der Materie in vielen Fällen dem Richter praktisch unmögclih ist, das Gutachten des Sachverständigen kritisch zu durchdenken und selbst zu würdigen. Die vom BGH [3] geforderte Auseinandersetzung des Richters mit dem Sachverständigengutachten ist deshalb häufig illusorisch. Es ist daher durchaus einleuchtend, daraus die Konsequenz zu ziehen, der Sachverständige, der faktisch die Entscheidung fälle, müsse auch die Verantwortung für diese Entscheidung mitragen.

1) Referat zum 43. DJT in Verhandlungen des 43. DJT Bd. II, Teil E, S. 16. Früher war ein ähnlicher Vorschlag von Koch, JR 56, 369, gemacht worden, allerdings mehr im Hinblick auf Zivilverfahren, die in wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten wurzeln, wie Bauprozesse oder Verfahren in Weinsachen. Zum Zivilprozeß vgl. auch Pieper, Richter und Sachverständiger im Zivilprozeß, ZZP 71, 1ff

2) Schröder a.a.O.; Koch a.a.O.

3) grundlegend BGHSt 8, 118

b) Gegenüber diesem auf den ersten Blick einleuchtenden Argument müssen jedoch erhebliche Bedenken gegen die Berufung des Sachverständigen auf die Richterbank geltend gemacht werden.

aa) Dabei ist es allerdings verfehlt, wenn der Jurist etwa aus falsch verstandenem Selbstbewußtsein den Vorschlag Schröders lediglich aus Furcht vor einem weiteren "Terrainverlust der Juristen"[1] ablehnt [2]. Furcht vor einem "Terrainverlust der Juristen" sollte nicht als Argument gegen den Sachverständigen auf der Richterbank ins Feld geführt werden. Wenn sich herausstellen sollte, daß aufgrund der fortschreitenden Spezialisierung der Wissenschaften gewisse heute vom Richter wahrgenommenen Aufgaben von einem Sachverständigen besser ausgeführt werden können, sollte sich der Jurist einer möglichen Verbesserung der Strafrechtspflege und der Urteilsfindung nicht in den Weg stellen.

bb) Gegen eine Berufung des Sachverständigen auf die Richterbank sprechen vor allem verfassungsrechtliche Bedenken. Es ist vor Beginn eines Strafprozesses häufig noch gar nicht ersichtlich, über welches Beweisthema, zu welchen speziellen Fragen ein Sachverständiger gehört werden muß. Es kann sich sogar erst im Laufe eines Prozesses ergeben, daß zur Klärung einer bestimmten Frage dem Gericht die erforderliche Sachkunde fehlt und deshalb ein Sachverständiger hinzugezogen werden muß. Es ist deshalb nicht möglich, vor Beginn eines Geschäftsjahres einem bestimmten Richterkollegium einen sachverständigen Richter zur Seite zu stellen. Bei der Aufstellung des Geschäftsverteilungsplanes durch das Gericht ist noch nicht abzusehen, ob und in welchen Prozessen ein Sachverständiger gebraucht wird, und welcher Fachrichtung ein etwa benötigter Sachverständiger sein muß.

---

1) Eb. Schmidt JZ 61, 587

2) So qualifizierte LGDir. Seidel in einem Diskussionsbeitrag, Verhdlg. d. 43. DJT Bd. II, Teil E, S. 110, den Vorschlag Schröders unter starkem Beifall mit der Bemerkung ab: "Ich hoffe, auch dann nicht brotlos zu werden, wenn ein "Sozialarzt" als Sachverständiger auf dem Richterstuhl sitzt, denn dann werde ich rechtlicher Sachverständiger vor dem Arzt und den Sachverständigen, die da oben sitzen."

Der in Art. 101 I 2 GG niedergelegte Grundsatz des gesetzlichen Richters besagt aber, daß grundsätzlich im voraus durch Gesetz und die darin vorgesehenen Maßnahmen (Geschäftsverteilungsplan) nach generellen Merkmalen der künftig mit der Sache befaßte Richter so eindeutig und genau wie möglich bestimmt werden muß [1]. Diesem Grundsatz würde eine für einen bestimmten Prozeß ad hoc vorgenommene Ernennung eines Sachverständigen zum Richter widersprechen[2]. Es muß Eb. Schmidt [3] beigepflichtet werden, daß ein System ähnlich den Schöffenlisten, das eine Zuziehung von sachverständigen Richtern nach abstrakten Gesichtspunkten ermöglicht, nicht denkbar ist. Dazu kommt, daß in schwierigen Verfahren, in denen mehrere Sachverständige gehört werden müssen, dann auch mehrere Sachverständige als Richter berufen werden müßten. Das würde aber eine unzulässige Vermehrung der Richter bedeuten [4].

Die Berufung von Sachverständigen auf die Richterbank scheitert daher am Prinzip des gesetzlichen Richters, Art. 101 I 2 GG.

Ob es erstrebenswert wäre, für ein bestimmtes Gericht wie etwa das in §§ 57, 67 III, 67a, 67c, 67e des Allgemeinen Teils 73 vorgesehene Vollstreckungsgericht, das über bestimmte Maßnahmen im Rahmen der Strafvollstreckung entscheiden soll, einen kriminologischen Sachverständigen auf die Richterbank zu berufen, was dann im voraus geschehen könnte, soll im Zusammenhang mit der Frage erörtert werden, ob sich durch eine Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte etwas für die Lösung des Problems der eigenen Ermittlungstätigkeiten gewinnen ließe.

---

1) BVerfGE 18, 351; Löwe - Rosenberg (Schäfer) Einl. S. 166
2) Oehler, Beitr. z. ger. Med. Bd. XXIX S. 35
3) JZ 61, 587
4) vgl. Kohlhaas NJW 62, 1330

cc) Bei psychologischen oder psychiatrischen Sachverständigen als Richter kommt noch hinzu, daß es in der Psychologie und der Psychiatrie verschiedene "Schulen" gibt und zwischen diesen Richtungsgegensätze von zum Teil "grotesker Schärfe" [1] bestehen. Hier wäre mit der Berufung nur eines Sachverständigen auf die Richterbank der Wahrheitsfindung und der Auswahl der für den Täter sinnvollsten Strafe oder Maßregel nicht gedient. Dieser "Richterkollege" würde versuchen, dem Gericht seine Auffassung als die einzig richtige hinzustellen, was ihm als Mitglied des Kollegiums eher gelingen würde, als wenn er als Sachverständiger "vor" dem Richtertisch stünde. Das würde zu einer gefährlichen, einseitigen Orientierung des Gerichts führen. Auch fehlte die notwendige Kontrolle der Öffentlichkeit, da die Spannungen zwischen Richter und Sachverständigem, zwischen naturwissenschaftlicher und juristischer Denkweise im Beratungszimmer ausgetragen würden. Auch die Hinzuziehung eines Sachverständigen der anderen "Schule" könnte dies nicht verhindern, da bei der Anhörung eines Sachverständigen "vor" der Richterbank und eines als Mitglied des Kollegiums "auf" der Richterbank eine objektive Unterrichtung des Gerichts nicht stattfindet. Auch aus diesem Grund ist eine Berufung des Sachverständigen auf die Richterbank abzulehnen [2].

dd) Es bleibt noch zu untersuchen, ob außer der erstrebenswerten Mitverantwortung des Sachverständigen die spezifischen Probleme eigener Ermittlungstätigkeiten durch den Sachverständigen auf der Richterbank so befriedigend gelöst werden könnten, daß die verfassungsrechtlichen und praktischen Bedenken überwunden werden müßten.

Die verschiedenen Denkweisen von Sachverständigem und Richter würden durch eine bloße Berufung des Sachverständigen auf die Richterbank ohne eine zusätzliche Ausbildung zumindest eines der beiden einander nicht angenähert. Eine

---

1) Eb. Schmidt JZ 61, 586; vgl. auch Lange, Handb. der Neurosenlehre Bd. 5, S. 415

2) Tröndle ZStW 81, 108; Blau, Ger. Psych. S. 369; Eb. Schmidt JZ 61, 587

juristische Ausbildung des Sachverständigen beispielsweise ist aber nicht durchführbar.

Bei Untersuchungen des Beschuldigten würden dem Sachverständigen als Richter keine weitergehenden Befugnisse eingeräumt. Er bliebe weiterhin an die Anordnungen der Berufsrichter nach §§ 81, 81a StPO gebunden. Die Bedenken aus § 80 StPO gegen ein eigenes Vernehmungs- oder Befragungsrecht zum Tathergang werden nicht dadurch ausgeräumt, daß der Sachverständige rein formal zum Richter bestellt wird. Die verfahrensrechtlichen Garantien einer (berufs-)richterlichen Vernehmung wären auch dann nicht gegeben.

Der Sachverständige, der schon im Vorverfahren tätig geworden ist, müßte analog § 23 III StPO von der Mitwirkung als Richter in der Hauptverhandlung ausgeschlossen sein.

Die Berufung des Sachverständigen zum Richter würde die Gefahr, daß in ihm der kriminalistische Jagdeifer erwacht, noch vergrößern. Die Gefährlichkeit der Vermischung von kriminalistischen Hypothesen und wissenschaftlichen Befunden hat der Fall Rohrbach gezeigt. Es muß deshalb im Gegensatz zu der Auffassung von Krauß [1] die richterliche Leitung und Kontrolle, § 78 StPO, die übergeordnete Stellung des Gerichts erhalten bleiben [2]. Im Strafprozeß müssen bei aller Notwendigkeit der Klärung wissenschaftlicher Fragen letztlich doch immer juristische Wertungen getroffen werden. Das ist bei der Frage der Zurechnungsfähigkeit ebenso der Fall wie bei der Würdigung der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage. Bei diesen juristischen Wertungen würde ein Sachverständiger als Richter der Urteilsfindung eher schaden [3]. Die verschiedenen Funktionsbereiche von Richter und Sachverständigem müssen erhalten bleiben und dürfen nicht

---

1) Die strafr. Problematik ... S. 43

2) vgl. Leferenz, Kriminalbiol. Gegenwartsfr. H. 5, S. 3

3) vgl. für den Zivilprozeß Pieper, ZZP 71, 39:" Es darf nicht übersehen werden, daß Sachverständigen-Richter, die wegen besonderer Kenntnisse außerrechtlicher Art eingesetzt sind, trotz fehlender Rechtskunde auch an der Entscheidung aller anderen sich in dem betreffenden Fall stellenden Rechts- und Tatfragen mitwirken müßten.

vermengt werden. Der Sachverständige hat sich zu einer bestimmten Beweisfrage zu äußern, ihn an der gesamten Urteilsfindung zu beteiligen ist nicht erstrebenswert, zumal er wegen seiner speziellen Sachkunde auf die Objektivität der Laien-, aber auch der Berufsrichter als "Mitrichter" negativ einwirken könnte.

Für das Hauptverfahren in der jetzigen Form empfiehlt sich die Berufung des Sachverständigen auf die Richterbank nicht, da ihm damit wegen der verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit der Hinzuziehung nur für einzelne Verfahrensabschnitte (Strafmaß) zu weitgehende Mitwirkungsbefugnisse eingeräumt würden.

2. Lösung einiger Probleme eigener Ermittlungstätigkeiten durch Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte

a) Schon seit einiger Zeit wird in Anlehnung an das angelsächsische Modell der Trennung von "conviction" und "sentence" auch für das deutsche Strafverfahren eine Trennung von Schuld- und Strafausspruch gefordert (sog. "Schuldinterlokut") [1]. Begründet wird die Notwendigkeit einer solchen Zweiteilung der Hauptverhandlung damit, daß besonders durch die Reform des materiellen Strafrechts der Persönlichkeitserforschung des Täters ein viel breiterer Raum als bisher eingeräumt werden müsse. Strafzumessung, Auswahl der im Einzelfall richtigen Maßregel der Sicherung und Besserung, Strafaussetzung zur Bewährung und andere auf die Resozialisierung des Täters gerichtete Entscheidungen des Gerichts sind von einer genauen und umfassenden Diagnose der Persönlichkeit des Täters und einer Prognose über sein zukünftiges Verhalten abhängig. Der grundrechtlich geschützte Anspruch

---

1) Dahs sen. NJW 70, 1705; Dahs Jun. GA 1971, 353; Blau ZStW 81, 31; Fischinger ZStW 81, 49; Römer GA 1969, 333; Eb. Schmidt MDR 67, 883 und NJW 69, 1145; Kern - Roxin S. 208; Jescheck S. 511; Bruns, Strafzumessungsrecht S. 228; Peters, Strafpr. in der Fortentwicklung S. 9; für die Einführung eines Tatschuld-Interlokuts Horn, ZStW 1973, 7; kritisch Heinitz, Festschr. f. v. Lübtow S. 835

des Angeklagten auf Unverletzlichkeit seiner Person und Achtung seiner Menschenwürde verbietet es aber, eine solch intensive Analyse seiner Persönlichkeit in einer öffentlichen Hauptverhandlung vorzunehmen, solange noch nicht feststeht, ob der Angeklagte die Tat überhaupt begangen hat, ob es also zu einer Verurteilung kommt [1].

Es ist einleuchtend, daß es für einen freigesprochenen Angeklagten eine unzumutbare Bloßstellung bedeuten kann, wenn er trotz seines späteren Freispruchs in aller Öffentlichkeit von einem oder mehreren Sachverständigen gleichsam "seelisch ausgezogen" worden ist [2]. Er kann dadurch erhebliche soziale Nachteile erfahren. Wird die Frage, ob der Angeklagte die Tat begangen hat, vorab geprüft, so bleibt dem Angeklagten eine möglicherweise zu seinem Nachteil ausfallende Persönlichkeitsuntersuchung durch einen Sachverständigen erspart.

Aber auch der Schutz des schuldigen Angeklagten, der sich aus der Unschuldsvermutung des Art. 6 II MRK ergibt, verlangt, daß eine Würdigung seiner Persönlichkeit erst nach der Schuldfeststellung erfolgt, um jede sich aus einer ungünstigen Persönlichkeitsdiagnose ergebende Voreingenommenheit insbesondere der Laienrichter zu vermeiden [3].

Als weiterer Grund wird das "Verteidigungsdilemma" [4] des Angeklagten genannt. Der Verteidiger, der die Chance eines Freispruchs sieht, wirkt vor allem bei den Laienrichtern unglaubwürdig und wenig überzeugend, wenn er in einer Art "Eventualverteidigung" [5] Tatsachen vorbringt, die im Falle einer Verurteilung für die Strafzumessung von Bedeutung sind. Unterläßt er dies, bleiben möglicherweise bei einer Verurteilung wichtige Strafzumessungserwägungen außer Betracht, beschränkt er sich auf die Erörterung des Strafmaßes, läßt er die Chance eines Freispruchs ungenutzt. Dieses Dilemma der Verteidigung würde durch eine Zweiteilung der Hauptverhandlung behoben.

---

1) vgl. Eb. Schmidt NJW 69, 1145; Dahs sen. a.a.O. S. 1707

2) Dahs sen. a.a.O.

3) Eb. Schmidt NJW 69, 1145

4) Dahs sen. a.a.O. S. 1707; Fischinger a.a.O. S. 51

5) Fischinger a.a.O.

b) Im Rahmen dieser Arbeit soll nicht das grundsätzliche Für und Wider eines Schuldinterlokuts erörtert werden. Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes des Angeklagten und der Möglichkeit zur stärkeren Berücksichtigung kriminalpolitischer Gesichtspunkte schon im Urteil des erkennenden Gerichts [1] soll mit den zahlreichen Befürwortern [2] einer solchen Änderung der Hauptverhandlungsstruktur von ihrer Notwendigkeit ausgegangen werden. Es muß vielmehr untersucht werden, ob die Einführung eines Schuldinterlokuts auch für die Probleme eigener Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen Lösungen oder zumindest Fortschritte bringen kann.

Die Bedenken gegen zu umfangreiche eigene Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen bestehen letztlich in der Hauptsache darin, daß der Sachverständige Belastungstatsachen ermittelt, aufgrund deren der Angeklagte verurteilt wird, obwohl der Sachverständige seiner Stellung nach kein Aufklärungsorgan des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft ist. Zudem ist bei der Ermittlung von Belastungstatsachen durch den Sachverständigen nicht immer die unbedingte Justizförmigkeit des Verfahrens gewährleistet. Wird bei einer zweigeteilten Hauptverhandlung ein psychiatrischer oder psychologischer Sachverständiger aber erst im zweiten Teil des Verfahrens tätig, in dem es um die Strafzumessung und die Resozialisierung des Täters geht, so besteht für den im zweiten Teil tätigen Sachverständigen kein Anreiz und keine Möglichkeit zur Ermittlung von Belastungstatsachen mehr, da die Frage der Tatbegehung durch den Angeklagten schon positiv entschieden ist, sonst kommt es gar nicht zum zweiten Verfahrensabschnitt. Insofern ist die Einführung eines Schuldinterlokuts für die Tätigkeit des psychiatrischen oder psychologischen Sachverständigen sicherlich von Vorteil.

---

1) Jescheck, AT 2. Aufl. S. 586

2) vgl. S. 99 Fußn. 1

Um den im zweiten Abschnitt tätigen Sachverständigen von jeder Überführungstätigkeit auszuschließen, genügt es nicht, lediglich ein sog. "informelles Schuldinterlokut" [1] einzuführen, was schon nach geltendem Recht möglich wäre. Der Sachverständige wäre bei einem solchen Verfahren nicht gehindert, auch nach der Information durch das Gericht über dessen Überzeugung hinsichtlich der Schuld des Täters weiterhin Belastungstatsachen zu ermitteln und in das Verfahren einzuführen. Die Beschränkung des psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen auf die ihm von der Strafprozeßordnung zugewiesenen Aufgaben im Rahmen der Persönlichkeitserforschung ließe sich besser durch eine echte Zweiteilung des Verfahrens erreichen. Dazu müssen jedoch noch einige Einzelfragen geklärt werden.

aa) Die größte und einschneidendste Bedeutung für die Persönlichkeit des Angeklagten hat die Untersuchung seiner Zurechnungsfähigkeit. Will man die unter III A erörterten Schwierigkeiten und verfahrensrechtlichen Probleme bei der Tätigkeit des Sachverständigen auf diesem Gebiet lösen, so muß man die Prüfung der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten dem zweiten Verfahrensabschnitt zuweisen. Das erscheint auch sachgemäß, da sich die Frage der Zurechnungsfähigkeit von der Frage der objektiven Tatbegehung trennen läßt [2]. In den Fällen, in denen die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten zweifelhaft ist, kann dann am Ende des ersten Verfahrensabschnitts kein Schuldspruch stehen, sondern lediglich die Feststellung, daß der Angeklagte die ihm vorgeworfene Tat begangen, also den Tatbestand erfüllt hat. Insofern kann in diesem Fall nicht von einem "Schuld"-interlokut gesprochen werden.

---

1) vgl. dazu Kleinknecht § 244 Anm. 3 D und Festschrift für Heinitz S. 651ff

2) Für die Zuweisung der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit in den zweiten Verfahrensabschnitt: Dahs jun. GA 1971, 360; Römer GA 1969, 339; Krauß ZStW 73, 355; Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, S. 92, a.A. (in den ersten Teil): Blau ZStW 81, 35; Eb. Schmidt DRiZ 59, 20. Dahs sen. NJW 70, 1708 will es in das Ermessen des Gerichts stellen, ob es die Zurechnungsfähigkeit im ersten oder zweiten Abschnitt erörtern will. Demgegenüber ist der Vorschlag von Dahs jun. a.a.O. vorzuziehen, dem Angeklagten ein Antragsrecht dahingehend zu geben, daß die Zurechnungsfähigkeit im ersten Abschnitt geprüft wird.

Diese Lösung würde den Zwiespalt des Sachverständigen beseitigen, inwieweit Umstände der Tatbegehung dem Gericht mitgeteilt werden müssen und inwieweit die ärztliche Schweigepflicht eingreift. Vor allem in den Fällen einer in Frage stehenden erheblichen Minderung der Zurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt der Tatbegehung, § 51 StGB, in denen die Art und Weise der Tatbegehung für den Gutachter eine wesentliche Rolle spielt, könnte der Sachverständige an das im ersten Verfahrensabschnitt festgestellte Ermittlungsergebnis anknüpfen. Auch wären ihm dann Fragen über den Tathergang in vollem Umfang erlaubt. Er wäre damit des Konflikts zwischen Unparteilichkeit und Gutachtenauftrag enthoben [1].

Bei einem solchen Verfahren wird auch der Angeklagte eher bereit sein, mitzuarbeiten und dem Sachverständigen vollständige Auskunft über seine persönlichen Verhältnisse und seine geistig - seelische Verfassung zu geben, da er nicht mehr aus Verteidigungsgründen zurückhaltend sein muß. Er braucht keine Angst mehr zu haben, er könnte sich "verraten". Gerade die Bereitschaft des zu Untersuchenden zu freiwilliger Mitarbeit ist für den Erfolg und die Qualität der Ergebnisse einer umfassenden Begutachtung des Geisteszustands und der allgemeinen Persönlichkeit äußerst wertvoll. Auch in dieser Hinsicht brächte die Zuweisung der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit in den zweiten Verfahrensabschnitt einen Vorteil.

Um jede Voreingenommenheit des Sachverständigen auszuschließen, dürfte die Begutachtung des Geisteszustands erst nach Abschluß des ersten Verfahrensabschnitts stattfinden. Unbestreitbar führt dies in den Fällen, in denen zur Vorbereitung des Gutachtens eine 6-wöchige Unterbringung in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt erforderlich ist, § 81 StPO, zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer. Die Frist des § 229 StPO für eine Unterbrechung des Verfahrens müßte verlängert werden. Das erscheint jedoch unproblematisch, zumal auch der Entwurf eines 2. StVRG [2] eine

1) Dahs jun. a.a.O. S. 340

2) BT Drucksache VII/551

Verlängerung dieser Frist vorsieht, was auch damit begründet wird, es müsse die Möglichkeit der Einholung von Gutachten während der Hauptverhandlung verbessert werden [1]. Angesichts der Vorteile, die die Verweisung der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit in den zweiten Verfahrensabschnitt bringt, kann der Nachteil einer möglichen Unterbrechung von sechs Wochen zwischen erstem und zweitem Verfahrensabschnitt in Kauf genommen werden, zumal sich nur die Hauptverhandlung, nicht aber das Verfahren an sich verlängert, denn die Begutachtung hätte sonst vor der Hauptverhandlung stattfinden müssen [2].

Es würde nicht genügen, lediglich die Gutachtenerstattung in den zweiten Abschnitt zu verlegen, die Vorbereitung des Gutachtens, die Untersuchung, aber schon vorher durchzuführen. Damit würde dem Sachverständigen der Anreiz zu eigenen Ermittlungen zum Tathergang nicht genommen und der Persönlichkeitsschutz des Angeklagten nicht berücksichtigt. Zudem wird der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt nicht in vollem Umfang zur Mitarbeit bereit sein.

Erfährt der Sachverständige bei der Vorbereitung seines Gutachtens erschwerende Tatumstände, die im ersten Verfahrensabschnitt nicht ermittelt worden sind, so ist an eine Schweigepflicht des Sachverständigen über diese Tatsachen zu denken, sofern es sich nicht zugleich um Befundtatsachen handelt, die er als Grundlage seines Gutachtens benötigt. Allerdings wird dieser Fall bei einer Zweiteilung des Verfahrens nur äußerst selten eintreten, da der Gutachtenvorbereitung die gesamte Beweisaufnahme und die gesamten Ermittlungen vorangegangen sind.

bb) Im zweiten Verfahrensabschnitt, in dem es ausschließlich um die Persönlichkeitserforschung des Angeklagten und die Auswahl der für ihn richtigen Strafe oder Maßregel geht, könnten zur Erleichterung der Tätigkeit des Sachverständigen Ausnahmen vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisauf-

---

1) Drucksache VII/551 S. 47

2) vgl. Dahs sen. NJW 70, 1711

nahme und von der Regelung des § 80 StPO gemacht werden [1]. Hier besteht nicht mehr die Gefahr, daß der Sachverständige durch selbständige Zeugenbefragungen Belastungstatsachen ermittelt und diese dann in beweisrechtlich unzulässiger Weise in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Die Frage der Tatbegehung durch den Angeklagten ist bereits positiv entschieden. Man wird deshalb in diesem Verfahrensabschnitt die selbständige Befragung von Zeugen und Auskunftspersonen über die Persönlichkeit und die sozialen und familiären Verhältnisse des Angeklagten durch den Sachverständigen zulassen können.

Wo es um die Überführung des Angeklagten geht, sind strenge Beweisregeln angebracht, wo es aber um die richtige Behandlung eines bereits überführten Angeklagten geht, um seine Resozialisierung, sind im Interesse der Sache Ausnahmen zulässig. Insgesamt könnte dem Sachverständigen in diesem Verfahrensabschnitt eine freiere Stellung eingeräumt werden.

Es sollten die Verlesungsvorschriften dahingehend geändert werden, daß der Sachverständige Schulgutachten, Berichte von Erziehungsheimen und ähnliche Schriftstücke in seinem Gutachten verwerten darf. Der Leumund des Angeklagten kann hier nicht mehr zur Voreingenommenheit des Gerichts im Hinblick auf die Tatbegehung führen. Deshalb ist eine flexiblere Handhabung des Beweisrechts [2] auch in dieser Hinsicht für zulässig zu erachten. Der Sachverständige muß jedoch in seinem Gutachten diese Unterlagen nennen, damit das Gericht weiß, auf welchen Grundlagen das Gutachten aufgebaut ist.

Es ist auch eine Einführung der vom Sachverständigen ermittelten Tatsachen über die Persönlichkeit des Angeklagten durch Zeugenvernehmung des Sachverständigen ohne Vernehmung der Auskunftspersonen denkbar, ebenso eine Einführung dieser Tatsachen in die Hauptverhandlung im Rahmen der Würdigung dieser Tatsachen im Sachverständigengutachten, ohne daß damit gegen die Auklärungspflicht des § 244 II StPO verstoßen würde.

---

1) vgl. Blau, ZStW 81, 45, 46; Dahs sen. NJW 70, 1709; Jescheck, JZ 70, 206

2) Blau a.a.O. S. 45

Ob den Sachverständigen bei der selbständigen Befragung von Auskunftspersonen in diesem Verfahrensabschnitt eine Belehrungspflicht treffen sollte, erscheint zweifelhaft. Mit Recht hat Blau [1] darauf hingewiesen, daß Zeugnisverweigerungsrechte, die legitim sind, solange es um die Überführung des Täters geht, in einem anderen Licht erscheinen, wenn nach dem Schuldspruch oder der Feststellung der Tatbegehung durch den Angeklagten das Gericht zu klären versucht, welche Resozialisierungshilfe für den Angeklagten am geeignetsten ist. Der Sinn der Zeugnisverweigerungsrechte, daß niemand gezwungen sein soll, zur Überführung eines Angehörigen beizutragen, entfällt, wenn die Überführung bereits geschehen ist. Der Zeuge wird dann nicht wie im Rahmen der Tataufklärung Beweismittel gegen den Angeklagten, sondern auch für ihn, da seine Aussage mit dazu beiträgt, die Persönlichkeit des Angeklagten zu erhellen. Auch eine negative Aussage über den Angeklagten hilft dem Gericht, die für diesen erfolgversprechendsten Resozialisierungshilfe auszuwählen. Nach geltendem (§ 13 I StGB) und ebenso nach künftigem Recht (§ 46 I StGB n.F.) ist jedoch die Resozialisierung des Täters keineswegs alleiniger Strafzweck, sondern Grundlage für die Strafzumessung ist die Schuld des Täters. Die Strafe ist ein Übel, das dem Täter zur gerechten Vergeltung auferlegt wird [2]. Daneben werden mit der Verhängung der Strafe sowohl spezialpräventive (Resozialisierung) als auch generalpräventive Zwecke (Abschreckung) verfolgt [3]. Es braucht hier nicht auf die verschiedenen Straftheorien eingegangen zu werden [4], da jedenfalls nach geltendem und künftigem Recht die Strafe nicht nur der Resozialisierung dient. Eine negative Aussage eines Angehörigen kann deshalb auch gegen den Angeklagten wirken und sich auf das Strafmaß und nicht nur auf die Frage der geeignetsten Resozialisierungshilfe auswirken. So sind das Vorleben des

---

1) Blau a.a.O.

2) vgl. Maurach AT S. 76; Dreher § 13 Anm. 2; Jescheck AT S. 45 und 54; LK (Koffka) § 13 Vorbem. 3

3) So die herrschende Vereinigungstheorie, vgl. Baumann AT S. 11; Jescheck a.a.O. S. 54 f; Maurach a.a.O.; BGHSt 17, 324

4) vgl. dazu Maurach AT § 6 (S. 60ff); Jescheck AT S. 48ff

Täters und seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse Umstände, die für die Strafzumessung von Bedeutung sind, § 13 II StGB, § 46 II StGB n.F. Da somit Aussagen von Angehörigen auch im zweiten Verfahrensabschnitt durchaus gegen den Angeklagten wirken können, müssen auch die Zeugnisverweigerungsrechte bestehen bleiben, deren Sinn es ist, daß niemand gezwungen sein soll, zum Nachteil eines Angehörigen vor Gericht aussagen zu müssen.

Wenn aber die Zeugnisverweigerungsrechte auch im zweiten Verfahrensabschnitt gelten, dann muß ein Sachverständiger, der in diesem Abschnitt selbständig Angehörige befragt, diese auch gem. § 52 II StPO belehren. Die schon oben [1] erwähnte Gefahr, daß Sachverständige die Belehrungspflichten nicht oder nicht in vollem Umfang kennen, kann dadurch gemildert werden, daß der Richter, der den Sachverständigen mit dem Gutachten beauftragt, diesen mit den Zeugnisverweigerungsrechten und der Belehrungspflicht vertraut macht. Das gehört zur richterlichen Leitung des Sachverständigen gem. § 78 StPO, der auch für diesen Verfahrensabschnitt gelten sollte. Im übrigen wirkt sich eine unterlassene oder unvollständige Belehrung hier nicht so ungünstig für den Angeklagten aus wie im ersten Verfahrensabschnitt, wo es um die Überführung des Angeklagten geht.

cc) Zu erwägen ist noch, ob die Richterbank für den zweiten Verfahrensabschnitt anders besetzt werden sollte als für den ersten. Es käme eine Besetzung mit sachverständigen Laienrichtern in Betracht, die Erfahrung in Fragen der Resozialisierung und der Sozialarbeit besitzen. Dagegen sprechen jedoch die gleichen Bedenken, die gegen die allgemeine Einführung von Sachverständigen-Richtern sprechen. Im Einzelfall kann auch hier die verfassungsrechtlich unzulässige ad hoc Berufung eines Spezialisten, etwa eines Sexualwissenschaftlers, auf die Richterbank notwendig werden. Da dies nicht durchführbar ist, würde man zwei Klassen von Sachverständigen schaffen, die "auf" und die "vor" der Richterbank.

---

1) Siehe S. 40

Hinzu kommt, daß eine Diskontinuität der Richterbank einem unmittelbaren Anschluß des zweiten Verfahrensabschnitts an den ersten entgegensteht [1]. Zum anderen sind für die Frage der Strafzumessung nicht ausschließlich die im zweiten Verfahrensabschnitt erörterten Tatsachen relevant, sondern auch die objektive Art der Tatbegehung und die zum Tatbestand gehörenden subjektiven Merkmale, die im ersten Abschnitt ermittelt worden sind. Die sachverständigen Richter, die im zweiten Teil neu in das Gericht kommen, könnten insoweit ihre Überzeugung nicht aus dem Inbegriff des ersten Verhandlungsabschnitts schöpfen. Eine Umbesetzung des Gerichts im zweiten Verfahrensabschnitt empfiehlt sich somit nicht.

Das gilt auch für das nach dem 2. StrRG neu zu bildende, für Entscheidungen im Rahmen der Strafvollstreckung zuständige Vollstreckungsgericht [2]. Die Stellung des Sachverständigen im Strafverfahren sollte weder durch die Einführung eines Schuldinterlokuts noch durch die eines Vollstreckungsgerichts dahin geändert werden, daß er auf die Richterbank berufen wird.

c) Durch die Einführung einer Teilung der Hauptverhandlung in zwei Abschnitte könnten somit einige, jedoch bei weitem nicht alle Probleme eigener Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen gelöst werden. Die Bedenken gegen eine allzu weite Ermittlung des Tatgeschehens bei Untersuchungen auf den Geisteszustand würden entfallen. Die Möglichkeiten des Sachverständigen zur Einholung von Auskünften und Leumundszeugnissen über den Angeklagten würden erweitert, die Tätigkeit des Sachverständigen insoweit erleichtert. Steht die Tatbegehung durch den Angeklagten fest, so entfällt für den im zweiten Abschnitt tätigen Sachverständigen der Anreiz zu kriminalistischem Verfolgungseifer. Das wäre der Unparteilichkeit und der Unbefangenheit des Sachverständigen zuträglich.

---

1) Dahs sen. a.a.O. S. 1770

2) vgl. dazu Tröndle ZStW 81, 108, 109; für die Besetzung des Vollstreckungsgerichts mit Sachverständigen-Richtern Oehler, Beitr. z. ger. Med. 1972, S. 33

Allerdings lassen sich durch die Einführung des Schuldinterlokuts nicht alle Probleme lösen. Es werden technische, medizinische und naturwissenschaftliche Sachverständige, deren Gutachten zur Überführung des Angeklagten benötigt werden, weiterhin im ersten Verfahrensabschnitt tätig. Für sie gelten die dafür aufgestellten Grundsätze fort. Vor allem die Probleme der Glaubwürdigkeitsuntersuchungen von Zeugen werden durch das Schuldinterlokut nicht berührt.

3) Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes kindlicher Zeugen bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen de lege ferenda.

a) Zu den Glaubwürdigkeitsuntersuchungen macht Krauß [1] den Reformvorschlag, für kindliche Zeugen als Opfer von Sexualverbrechen die Vernehmung durch einen Psychologen zwingend vorzusehen und es im übrigen in das Ermessen des Gerichts zu stellen, die Aussageperson zur mündlichen Verhandlung zu laden oder nicht. Die StPO sollte die Vernehmung des Psychologen zunächst als Zeuge vom Hörensagen und dann als Sachverständiger genügen lassen. Unter Hinweis auf die Entscheidung BGHSt 17, 282 [2] führt Krauß aus, was bei Gefahr im Verzug im Dienst befindlichen Agenten recht sei, sollte einem Kind billig sein.

Krauß begründet diesen Vorschlag damit, daß neuere Untersuchungen ergeben hätten, daß die Untersuchung durch einen Psychologen für das Opfer bei weitem nicht so viele Nachteile für seine Entwicklung mit sich brächte wie ein Gerichtsverfahren [3].

b) Diesem Vorschlag von Krauß ist zuzustimmen. Er muß jedoch dahingehend eingeschränkt werden, daß bei der Vernehmung des Kindes durch den Psychologen analog § 80 StPO ein Richter anwesend sein sollte, wenn auch die Vernehmung durch

---

1) ZStW 73, 358; zustimmend Witter, zit. bei Hünerfeld ZStW 73, 454

2) In dieser Entscheidung hatte es der BGH für zulässig erklärt, die Zeugenaussage eines Vernehmungsbeamten über die Angaben anonymer Gewährsleute zu verwerten.

3) Krauß verweist auch auf die Ausführungen von Tröndle, JZ 69, 376, der mit seinen "Erinnerungen an kindliche Zeugen, die in die Dynamik der Hauptverhandlung geraten sind, leidvolle, zum Teil schreckliche Assoziationen" verbindet.

den Psychologen durchgeführt wird. Das hätte den Vorteil, daß der Richter darauf achten könnte, daß die Grenzen des Art. 1 GG und des § 136 a StPO bei der Tätigkeit des Psychologen eingehalten werden. Gerade bei Glaubwürdigkeitsuntersuchungen bestünde sonst die Gefahr, daß dem Sachverständigen, der zum Wohle des Kindes an Stelle des Gerichts die Vernehmung durchführt, Tür und Tor zu "Abdrängungs-" und "Belastungsversuchen" geöffnet würden.

IV. Die Einführung der vom Sachverständigen ermittelten Tatsachen in die Hauptverhandlung und Folgen unzulässiger eigener Ermittlungstätigkeiten

1. Einführung der vom Sachverständigen in zulässiger Weise ermittelten oder ihm bekannt gewordenen Tatsachen in die Hauptverhandlung

a) Die Befundtatsachen

Die Befundtatsachen, die nur dem Sachverständigen aufgrund seiner Sachkunde zugänglich sind und nur von ihm beurteilt werden können, [1] müssen über das Gutachten in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Zu den Befundtatsachen gehört auch ein im Auftrag des Sachverständigen von einem Hilfssachverständigen erstattetes zusätzliches Gutachten, sofern der Sachverständige dieses Gutachten erst nach eigener Prüfung und kritischer Würdigung übernommen hat [2], oder der rein fachliche Inhalt von Krankengeschichten, sofern dieser nur mittels der Sachkunde des Sachverständigen verstanden werden kann [3].

Um mögliche Verfahrensfehler bei der Einführung dieser Tatsachen in die Hauptverhandlung zu vermeiden [4], und um eine größere Transparenz der Tätigkeit des Sachverständigen [5] zu erreichen, muß der Sachverständige ausführlicher und genauer als das heute üblich ist [6] in seinem Gutachten darlegen, von welchen Anknüpfungstatsachen er ausgegangen ist. Er muß ferner sein methodisches Vorgehen erläutern, er muß dartun, welche Befragungen, Tests und Untersuchungen er durchgeführt hat [7]. Er muß zum Ausdruck bringen, von welcher Grundauffassung er ausgeht und ob seine Auffassungen unbestritten sind, oder ob unter Fachleuten in diesen Fragen Meinungsverschiedenheiten bestehen. Vor allem muß der dem Gericht deutlich machen, wo der objektive Befund endet [8] und wo die eigene,

---

1) vgl. oben S. 4,5

2) BGHSt 22, 268. Angesichts der zunehmenden Zergliederung der Naturwissenschaften muß es dem Sachverständigen erlaubt sein, nach eigenem Ermessen Hilfssachverständige heranzuziehen und deren Erkenntnisse in seinem Gutachten zu verwerten. vgl. dazu Jessnitzer, Der Ger. Sachv. S. 155f; Kleinknecht Anm. 1 D vor § 72

3) BGH NJW 56, 1526

4) vgl. dazu Sarstedt NJW 68, 180

5) Maisch, Mon.Krim. 73, 194

fachliche Wertung und Schlußfolgerung beginnt. Nur wenn der Sachverständige diese Darlegungen macht, wird das Gericht in der Lage sein, das Gutachten, wo es möglich ist, nachzuvollziehen, kritisch zu würdigen, sich eine eigene Entscheidung zu bilden oder zu entscheiden, ob noch ein weiterer Sachverständiger hinzugezogen werden soll.

b) Die Zusatztatsachen

Tatsachen, deren Feststellung außerhalb des Auftrags lag oder zu deren Wahrnehmung es keiner Sachkunde bedurft hätte (Zusatztatsachen) [1], können nicht über das Gutachten in das Verfahren eingeführt werden.

Es soll an dieser Stelle nur untersucht werden, wie solche Tatsachen in die Hauptverhandlung eingeführt werden können, die der Sachverständige in zulässiger Weise ermittelt hat. Zu denken ist dabei an Mitteilungen von Angehörigen oder Bekannten des zu untersuchenden, die diese von sich aus dem Sachverständigen gemacht haben oder an vom Beschuldigten von sich aus gemachte Angaben über den Tatverlauf, sofern nicht § 300 StGB eingreift.

Hat sich das Gericht von diesen Tatsachen selbst schon justizförmig nach Beweisrecht überzeugt, etwa durch eine richterliche Vernehmung der betreffenden Person, so darf der Sachverständige die ihm auf diese Weise bekannt gewordenen Tatsachen in seinem Gutachten verwerten [2]. Ist das jedoch nicht der Fall, darf der Sachverständige diese Tatsachen nicht ohne weiteres seinem Gutachten zugrundelegen. Es empfiehlt sich für den Sachverständigen, der vom Beschuldigten oder von Dritten bisher nicht bekannte Mittei-

---

Noch Fußn. 6) - 8) v. S. 111

6) vgl. Peters, Handb. d. Psychologie Bd. 11, S. 777

7) Peters a.a.O.; Maisch a.a.O.; Blau, Ger. Psychologie S.365

8) Blau a.a.O.

1) vgl. oben S. 5

2) Eb. Schmidt Nachtr. 1 Rdn. 15 vor § 72; BGHSt 18, 107

lungen gemacht bekommt, gem. § 80 StPO eine richterliche Vernehmung herbeizuführen, damit die für ihn wichtigen Tatsachen justizförmig festgestellt und ihm dann als Anknüpfungstatsachen [1] vom Gericht zur Verfügung gestellt werden können.

Es besteht außerdem die Möglichkeit, daß der Sachverständige im Hinblick auf die durch solche Mitteilungen erfahrenen Tatsachen, sofern diese für sein Gutachten von Bedeutung sind, das Gutachten zunächst hypothetisch erstellt [2]. Wiederholt die Auskunftsperson ihre Aussage in der Hauptverhandlung, so kann der Sachverständige von den so festgestellten Tatsachen ausgehen, sofern nicht das Gericht etwas anderes bestimmt, etwa weil es die Aussage für unglaubwürdig oder das Gegenteil für bewiesen hält. Was zu geschehen hat, wenn der Zeuge seine Angaben nicht wiederholt, sondern von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, soll unter IV 6 behandelt werden.

b) Für zulässig erachtet wird auch, daß der Sachverständige über die ihm in dieser Weise bekannt gewordenen Zusatztatsachen in der Hauptverhandlung als Zeuge vom Hörensagen vernommen wird [3]. Seiner Vernehmung in dieser Form stehe kein Unmittelbarkeitsgrundsatz entgegen [4].

Dem muß angesichts der ständigen Rechtsprechung [5] und ganz herrschenden Ansicht [6] über den Zeugen vom Hörensagen

---

1) vgl. Kleinknecht 1 B vor § 72

2) vgl. Heinitz, Festschr. f. Engisch S. 702

3) BGHSt 13, 1; 13, 250; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 5; KMR Anm. 2 vor § 72

4) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 5; a.A. möglicherweise BGH JZ 57, 228: "Von der Erhebung des (unmittelbaren) Zeugenbeweises kann nur bei glaubhaftem Geständnis abgesehen werden. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme darf nicht dahin durchlöchert werden, daß es der Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht überlassen bleibt, ob es zu einer Zeugenvernehmung nach § 250 StPO kommt oder nicht."

5) BGHSt 1, 373; 6, 209; 17, 382

6) Kleinknecht § 250 Anm. 1 B; KMR § 250 Anm. 2a; Peters Lehrb. S. 267; Eb. Schmidt I S. 257; a.A. Grünwald, JZ 66, 494, der aus § 250 StPO die Pflicht des Gerichts ableitet, immer das tatnächste Beweismittel heranzuziehen. Kritisch auch Ad. Arndt NJW 62, 1192. Es ist zwar richtig, daß der Zeuge vom Hörensagen ein wenig verläßliches Beweismittel und damit für die Wahrheitsfindung von geringerem Wert

zugestimmt werden. Der Zeuge vom Hörensagen ist ein prozeßrechtlich erlaubtes Beweismittel. Er berichtet unmittelbar über von ihm gemachte Wahrnehmungen. Daß diese hinsichtlich des aufzuklärenden Gegenstands lediglich "indizierende Funktion" [1] besitzen, muß das Gericht bei der Beweiswürdigung berücksichtigen, der Unmittelbarkeitsgrundsatz wird davon nicht berührt.

Fraglich ist nur, ob die Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen allein ausreicht, oder ob nicht zusätzlich die Vernehmung der Auskunftsperson selbst als Zeuge erforderlich ist. Das ist eine Frage der richterlichen Aufklärungspflicht aus § 244 II StPO. Eb. Schmidt [2] hält es für eine schwere Verletzung der Aufklärungspflicht, wenn das Gericht nur den Zeugen vom Hörensagen und nicht den Originalzeugen vernimmt. Dem muß zumindest für den hier zu behandelnden Fall zugestimmt werden, daß ein Sachverständiger als Zeuge vom Hören sagen über Mitteilungen Dritter vernommen wird. Denn der Sachverständige ist im Auftrag oder auf Veranlassung des Gerichts tätig geworden und insoweit nicht bloßer Zufallszeuge vom Hörensagen. Der Sachverständige ist ein Wahrnehmungsorgan des Gerichts selbst, das den möglichen Zeugenbeweis ebenso wenig ersetzen kann wie private oder amtliche Kenntnis einzelner Gerichtsmitglieder dies kann [3]. Würde man auf die Auskunftsperson als Zeugen verzichten, könnten leicht Zeugnisverweigerungsrechte umgangen werden, über deren Bedeutung sich der Zeuge meist erst nach richterlicher Belehrung unter dem Eindruck der Hauptverhandlung klar wird.

Noch Fußn. 6) v. S. 113

ist als der unmittelbare Tatzeuge, daraus kann aber nicht seine Unzulässigkeit als Beweismittel gefolgert werden. Auch aus Art. 6 III MRK (Recht des Angeklagten, Belastungszeugen zu befragen) kann die Unzulässigkeit des Zeugen vom Hörensagen nicht geschlossen werden. Fraglich ist lediglich, ob die Vernehmung des Zeugen vom Hörensagen allein zulässig ist, oder ob daneben auch der unmittelbare Zeuge gehört werden muß. Dazu unten S. 115

1) Löwe - Rosenberg (Gollwitzer) § 250 Anm. 3a; Eb. Schmidt a.a.O.

2) a.a.O.; a.A. Alsberg - Nüse S. 200, die dies der richterlichen Aufklärungspflicht im Einzelfall überlassen wollen. Vgl. dagegen auch Peters, Lehrb. S. 267

3) BGHSt 9, 296

Auch würden die Verteidigungsrechte des Angeklagten in unzulässiger Weise beschnitten, da diesem das durch Art. 6 III d MRK gewährleistete Recht zur Fragestellung an diesen Zeugen genommen würde (Grundsatz der Parteiöffentlichkeit) [1].

Die Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen ist somit nur neben der Vernehmung der Auskunftsperson selbst zulässig. Die Aufklärungspflicht des Gerichts und der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit führen dazu, daß dies für alle Fälle der Vernehmung eines Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen gelten muß, in denen der Originalzeuge "greifbar" [2] ist. Eine alleinige Vernehmung des Sachverständigen ist unzulässig.

Eine Ausnahme ist wegen der Schwierigkeit der Abgrenzung auch nicht mit Heinitz [3] für "mehr periphere Tatsachen, die das Bild abrunden", zu machen. Ob eine Tatsache für das Gutachten des Sachverständigen mehr "peripherer" Natur ist, kann das Gericht nur schwer feststellen. Es muß daher in jedem Fall der Originalzeuge vernommen werden. Damit erübrigt sich auch das für den Sachverständigen umständliche Verfahren, zunächst den Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen in der Hauptverhandlung zu vernehmen und ihn dann von Seiten des Gerichts zu unterrichten, inwieweit er das Gehörte in seinem Gutachten verwerten dürfe [4]. Sagt der Originalzeuge vor Gericht aus, kann der Sachverständige grundsätzlich diese Aussage seinem Gutachten zugrundelegen.

Die prozeßrechtlich allein mögliche Einführung der vom Sachverständigen in zulässiger Weise ermittelten Zusatztatsachen in die Hauptverhandlung geschieht somit durch Vernehmung der Auskunftsperson und, wenn erforderlich, daneben des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen.

---

1) BGHSt 13, 1; Panhuysen S. 68; Kleinknecht § 250 Anm. 1 B vgl. auch BGHSt 9, 295

2) Peters, Lehrb. S. 267

3) Festschr. f. Engisch S. 705

4) so Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 78 Anm. 4

Erforderlich sein kann die Vernehmung des Sachverständigen, wenn beim Zeugen Erinnerungslücken oder Widersprüche auftreten. Der Sachverständige hat dabei die Pflicht, Personen, die ihm Mitteilungen gemacht haben, die er in seinem Gutachten verwerten will, dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft zu nennen, damit sie in der Hauptverhandlung als Zeugen vernommen werden können und dem Grundsatz der Parteiöffentlichkeit genüge getan wird.

2. Verwertungsverbot für unter Verstoß gegen § 300 StGB gemachte Aussagen des Sachverständigen?

Wenn auch wegen der Belehrungspflicht des Sachverständigen hinsichtlich seiner prozessualen Stellung [1] das Eingreifen des § 300 StGB auf Ausnahmefälle beschränkt ist, so sind doch noch Fälle denkbar, in denen der Sachverständige Tatsachen erfährt, die unter die ärztliche Schweigepflicht fallen, etwa, wenn Dritte dem Sachverständigen von sich aus geheimhaltungsbedürftige Tatsachen mitteilen. Würde der Sachverständige über diese Tatsachen vor Gericht als Zeuge (nur bei Zusatztatsachen kann § 300 StGB eingreifen) aussagen, machte er sich eines Verstoßes gegen § 300 StGB schuldig. Es fragt sich, ob die Verwertung einer solchen Aussage prozessual zulässig ist.

a) Die Vorschrift des § 53 I Nr. 3 StPO gibt dem Arzt das Recht zur Zeugnisverweigerung, das Gesetz legt also die Entscheidung über die Aussage in die Hand des Arztes und nicht in die des Angeklagten oder Zeugen, um dessen Geheimnis es sich handelt. Nur der Arzt kann die oft schwierige Entscheidung sachgemäß treffen, da er meist eine diffizile Güterabwägung vornehmen muß. Deshalb hat auch der Angeklagte oder Zeuge keinen verfahrensrechtlichen Anspruch darauf, daß der Sachverständige als Zeuge von seiner Befugnis Gebrauch macht, die Aussage zu verweigern [2].

---

1) vgl. oben III A 2 b (S. 28)

2) BGHSt 9, 60; KMR § 53 Anm. 1a; RGSt 71, 21

b) In Betracht käme aber ein Verbot der Verwertung einer solchen, materiell rechtswidrigen Aussage.

Die ganz herrschende Meinung [1] hält eine unter Verstoß gegen § 300 StGB gemachte Aussage für verwertbar. Begründet wird dies mit der Eigenständigkeit des prozessualen Raumes gegenüber dem des materiellen Rechts [2]. Das Prozeßrecht hebe sich hinsichtlich seines Sinnes und seiner funktionalen Bedeutung vom materiellen Recht scharf ab. Es gebe im Prozeß Handlungen und Entscheidungen, die in zwei verschiedene Wirklichkeitsräume hineinreichten, den prozessualen und den außerprozessualen. Diese Handlungen müßten auch in jedem Wirklichkeitsraum für sich gesondert gewertet werden. Eine Aussage, die unter Verstoß gegen § 300 StGB zustandegekommen sei, sei wegen § 53 I Nr. 3 StPO insofern prozessual vollkommen ordnungsgemäß und daher auch verwertbar. Daß sie materiell rechtswidrig sei, berühre den prozessualen Raum nicht. Die Entscheidung über die Aussage treffe der Arzt allein, ob er sie materiell richtig oder falsch treffe, sei seine Angelegenheit [3].

Dieser Ansicht sind zu Recht beachtliche Argumente entgegengehalten worden [4]. Läßt sich das völlige Außerachtlassen der materiellen Rechtswidrigkeit wirklich mit der rechtsstaatlichen Integrität des Strafverfahrens [5] vereinbaren? Es erscheint doch vor allem für den Laien nicht recht verständlich, daß in einem Strafverfahren, das zur Aburteilung einer rechtswidrigen Handlung mit rechtsstaatlichen Mitteln dienen soll, rechtswidrige Handlungen nicht nur geduldet, sondern auch zur Überführung des Angeklagten sollen verwertet werden können. Daß dies zu einer "doppelten Moral" im Prozeß führt, zeigt folgende Überlegung [6]: Einerseits soll es den Richter nicht kümmern, wenn in seiner Gegenwart und zumindest unter seiner passiven Assistenz auf

---

1) Eb. Schmidt II § 53 Rdn. 4 (S. 1340); BGHSt 15, 200; Kern-Roxin S. 123; Kleinknecht NJW 66, 1541

2) vgl. Eb. Schmidt I Rdn. 32ff

3) RGSt 71, 22

4) vgl. Lenckner NJW 65, 321ff

5) Lenckner a.a.O.

6) vgl. dazu Lenckner a.a.O. S. 326

strafbare Weise fremde Geheimnisse preisgegeben werden. Andererseits darf er aber nach Erhalt der Aussage nicht mehr in rein prozessualen Kategorien denken. Denn hat sich der Zeuge nach § 300 StGB strafbar gemacht, ist der Richter nach § 183 S. 1 GVG verpflichtet, diesen Tatbestand festzustellen und der Staatsanwaltschaft das darüber aufgenommene Protokoll mitzuteilen. Womöglich muß er ihn sogar vorläufig festnehmen lassen (§ 183 S. 2 GVG).

Es wird auch gegen die h.M. angeführt, es könne sich die Frage ergeben, ob nicht der Richter, wenn er dem Zeugen Fragen vorlege, selbst in den Verdacht geraten könne, eine strafbare Verletzung der Schweigepflicht zu fördern und als Teilnehmer verantwortlich zu sein[1]. Wegen dieser Bedenken hält eine Mindermeinung [2] die Verwertung einer solchen Aussage für unzulässig. Dogmatisch wird dies durch eine dem kategorischen Wortlaut entsprechende Auslegung des § 383 III ZPO [3] und ihre analoge Anwendung im Strafprozeßrecht begründet.

Der möglichen Beteiligung des Richters an dem Geheimnisbruch des Zeugen muß entgegengehalten werden, daß der Richter auch einen Zeugen vereidigen muß, obwohl er den Verdacht hat, dieser habe etwas Unwahres ausgesagt [4], ohne daß er sich einer Teilnahme am Meineid schuldig macht.

Bei einer Lösung des Problems muß berücksichtigt werden, daß möglicherweise praktische Bedenken gegen die Durchführbarkeit eines Verwertungsverbotes sprechen. So meint Eb. Schmidt [5], die Frage, ob eine Geheimnisoffenbarung rechtswidrig sei, sei wegen des Problems des übergesetzlichen Notstands oft so schwierig zu beantworten, daß

---

1) Lenckner a.a.O.

2) Lenckner a.a.O.; Fr.-Chr. Schroeder, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Strafprozeßrecht, S. 46f; Klug, Referat zum 46. DJT S. 52

3) Danach ist die Vernehmung nicht auf Tatsachen zu richten, "in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugnis nicht abgelegt werden kann."

4) vgl. BGHSt 4, 107; Löwe - Rosenberg (Kohlhaas) § 60 Anm.3

5) Lehrk. II, Nachtr. 1 § 53 Rdn. 2

sie erst in einem gegen den Arzt aus § 300 StGB durchgeführten Verfahren zu klären sei. Deshalb könne die Verwertbarkeit einer solchen Aussage unmöglich von der Rechtmäßigkeit der Geheimnisoffenbarung abhängen. Dem ist zuzugeben, daß es sicherlich ein sehr umständliches Verfahren darstellt, den einen Prozeß bis zur Klärung der Rechtmäßigkeit der Geheimnisoffenbarung auszusetzen. Andererseits muß der Richter heute in vielen Fällen Güterabwägungen, vor allem nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip treffen [1]. Daß dies im Einzelfall schwierig sein kann, ist noch keine Begründung dafür, dem Richter die Güterabwägung ganz zu ersparen. Es spricht jedenfalls die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens und die Vermeidung einer doppelten Moral im Prozeß für die Annahme eines Verwertungsverbotes. Zudem ist in einem solchen Fall das Recht des Angeklagten auf Geheimhaltung, das zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht gehört, in starkem Maße betroffen. Handelte es sich um die Verletzung einer prozessualen Norm, würde man deshalb ein Verwertungsverbot annehmen. Eine so schwerwiegende Verletzung der Rechte des Angeklagten wirkt aber in den prozessualen Raum hinein, so daß es keinen Unterschied machen kann, ob es sich hier um die Verletzung einer prozessualen Norm handelt oder einer des materiellen Rechts.

Ein Vernehmungsverbot in analoger Anwendung des kategorischen Wortlauts des § 383 III ZPO wird nicht durchführbar sein, da eine Entscheidung über die Zulässigkeit der Aussage seitens des Gerichts nicht getroffen werden kann, solange diesem über ihren Inhalt nichts bekannt ist. Zudem stellt § 53 StPO ebenso wie § 383 ZPO kein Aussageverbot auf. Das Gericht kann deshalb den Zeugen an seiner Aussage nicht hindern. Insofern ist auch das Gericht nicht berufen, den Zeugen vor der Begehung eines strafbaren Geheimnisbruchs zu bewahren. Eine Verwertung der Aussage ist jedoch unzulässig.

---

1) so bei der Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen, vgl. BGHSt 19, 325, und bei der Zulässigkeit eines körperlichen Eingriffs nach § 81a StPO, vgl. BVerfGE 16, 194; 17, 108; vgl. auch Fr.-Chr. Schroeder a.a.O. S. 47

Ob dies ganz allgemein für den Fall gilt, daß ein Arzt unter Verletzung der Schweigepflicht ausgesagt hat, braucht hier nicht entschieden zu werden. In dem hier zu untersuchenden Fall, in dem ein ärztlicher Sachverständiger als Zeuge seine Schweigepflicht mißachtet, muß jedenfalls ein Verwertungsverbot angenommen werden. Denn anders als der Arzt, der gewissermaßen als Privatmann [1] Einsicht in fremde Geheimnisse erlangt hat, wird der Sachverständige auf gerichtlichen Auftrag hin tätig. Liegt es auch nicht in seinem Auftrag, unter den Schutz des § 300 StGB fallende Zusatztatsachen zu ermitteln, so darf nicht übersehen werden, daß er auch dabei letztlich auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden oder des Gerichts tätig wird. Der rechtsstaatlichen Integrität des Strafverfahrens würde es widersprechen, wenn das Gericht Beweismittel verwerten dürfte, die eine auf seine Veranlassung hin tätig gewordene Person in rechtswidriger Weise preisgibt. In diesem Fall ist deshalb die Aussage unverwertbar.

Zusatztatsachen, die unter den Schutz des § 300 StGB fallen, können somit vom Sachverständigen nur in das Verfahren eingeführt werden, wenn er vom Berechtigten von seiner Schweigepflicht entbunden und als Zeuge vernommen wird. Andernfalls empfiehlt es sich für den Sachverständigen, von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen und für das Gericht, von einer Vernehmung abzusehen, sofern Anzeichen für die Möglichkeit eines Geheimnisbruchs bestehen und der Sachverständige nicht auf seine Aussage drängt.

3. Verwertungsverbote bei fehlender Belehrung nach § 81c

a) Fehlen der Belehrung im Fall des § 81c I 2 StPO

Die Vorschrift des § 81c StPO begrenzt die Untersuchungen, die ein Zeuge zu dulden verpflichtet ist. Deshalb dürfen Glaubwürdigkeitsuntersuchungen und andere psychologische oder psychiatrische Untersuchungen nur mit Einwilligung des

---

1) So will Roxin, Kern - Roxin S. 123, die Verwertbarkeit aus den gleichen Gründen bejahen, die für die Verwertbarkeit der durch Privatleute rechtswidrig erlangten Beweismittel sprechen.

Zeugen durchgeführt werden. Da aber die Belehrungspflicht aus § 81c I 2 StPO in Verbindung mit § 52 II StPO auch für solche Untersuchungen gilt, die von § 81c StPO nicht umfaßt werden [1], müssen auch die Folgen einer unterlassenen Belehrung in diesen Fällen dieselben sein. Es braucht deshalb bei der Frage, ob das Fehlen einer solchen Belehrung ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht, nicht zwischen den in § 81c StPO vorgesehenen und anderen Untersuchungen unterschieden zu werden.

Ebenso wie bei § 52 StPO [2] hat auch die Verletzung der Belehrungspflicht aus § 81c I 2 StPO ein Beweisverwertungsverbot zur Folge [3]. Das vom Sachverständigen gewonnene Untersuchungsergebnis darf in der Hauptverhandlung nicht verwertet werden. Die Untersuchung eines nach § 81c I 2 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen des Angeklagten verletzt nicht nur die Rechte dieses Zeugen auf körperliche Unversehrtheit und persönliche Freiheit, sondern auch rechtlich geschützte Interessen des Angeklagten selbst. Der Große Senat des BGH hat die Vorschrift des § 81c I 2 StPO zutreffend dahingehend interpretiert, daß sie als Gegenstück zu § 52 StPO auch das "familienrechtliche Band" zwischen Beweisperson und Angeklagtem berücksichtige [4]. Deshalb hat auch der Angeklagte ein Recht darauf, daß kein Angehöriger als Zeuge untersucht werden darf, ohne vorher auf diese Konfliktlage hingewiesen worden zu sein.

Man könnte allerdings daran denken, einen Unterschied zu der Rechtslage bei einer fehlenden Belehrung nach § 52 StPO darin zu sehen, daß die Wirkung der familienrechtlichen Bindung auf die Aussage eines Angehörigen eine andere sein kann als die Wirkung auf eine Untersuchung. Die familiäre

---

1) BGHSt 13, 394

2) vgl. Kern - Roxin S. 111

3) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 81c Anm. 17; Kern - Roxin S. 169; Kleinknecht § 81c Anm. 6 D; Peters, Handb. d. Psych. Bd. 11, S. 787; Dünnebier GA 53, 68

4) BGHSt 12, 235

Bindung kann sich bei einer Aussage als seelischer Leistung auf den objektiven Beweiswert auswirken, wohingegen der Beweiswert des Ergebnisses einer körperlichen Untersuchung durch die Konfliktsituation des Zeugen nicht beeinträchtigt wird. Aus diesem Grunde hält Sax [1] das Ergebnis einer körperlichen Untersuchung auch dann für verwertbar, wenn der Zeuge über sein Weigerungsrecht nach § 81c I 2 StPO nicht belehrt worden war. Die Regelung des § 81c StPO sei errichtet aus "Respekt vor der Persönlichkeit" des Zeugen. Den Angeklagten könne sie nur berühren, wenn ihre Verletzung zugleich das verbotswidrig erlangte Beweisergebnis zur Wahrheitsfindung ungeeignet mache. § 81c StPO stelle in seiner gesamten Regelung lediglich ein Beweisverfahrensverbot dar, das kein Verwertungsverbot nach sich ziehe.

Diese Argumentation von Sax trifft jedoch nicht zu. Zum einen müßte man dann auch einen Unterschied zwischen körperlicher Untersuchung und psychiatrischer oder psychologischer Untersuchung hinsichtlich der Verwertbarkeit machen. Denn z.B. eine Glaubwürdigkeitsuntersuchung ist in gewissem Umfang auch eine "seelische Leistung", denn der Zeuge sagt dabei etwas aus. Ein solcher Unterschied in der Verwertbarkeit erscheint aber nicht angebracht. Zum anderen entstehen nicht nur dort Beweisverwertungsverbote, wo der Verstoß gegen eine Verfahrensregelung zugleich den Beweiswert eines Beweismittels herabsetzt. So wird die Qualität des Beweismittels bei einem materiellen Verstoß gegen § 81a StPO (Mißachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) oder bei einer unzulässigen Beschlagnahme nicht beeinträchtigt und dennoch sind die so erlangten Beweismittel nicht verwertbar [2].

§ 81c I 2 StPO will nicht, daß jemand zu einem freiwilligen Beweisakt gegen einen verwandten Beschuldigten veranlaßt wird, ohne sich wenigstens der Konfliktsituation bewußt gewesen zu sein [3]. Dem entspricht es, daß in dem Fall,

---

1) KMR Vorb. 2 c (3) vor § 48

2) zu dem Verwertungsverbot bei § 81a vgl. Henkel § 57 III 1a Peters, Gutachten zum 46. DJT S. 142; Kohlhaas JR 60, 248 zur unzulässigen Beschlagnahme vgl. Löwe - Rosenberg (Dünnbier) § 97 Anm. V 4; Kleinknecht § 97 Anm. 2 C

3) BGHSt 13, 394

in dem sich der nicht belehrte Zeuge erst bei einer späteren Belehrung oder späteren Kenntnis des Weigerungsrechts der Konfliktlage bewußt wird und sich dann mit der Verwertung nicht einverstanden erklärt, das Untersuchungsergebnis nicht verwertet werden darf. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß der Zeuge trotz fehlender Belehrung nachträglich die Verwertung genehmigt.

Für den Sachverständigen ist es bei dieser Rechtslage ratsam, sich bei der Untersuchung eines Angehörigen als Zeugen davon zu überzeugen, ob dieser richterlich über sein Weigerungsrecht belehrt worden ist, da seine Untersuchung anderenfalls umsonst sein könnte. Verpflichtet ist er dazu allerdings nicht.

b) Fehlen der Belehrung über das allgemeine Weigerungsrecht auch des Nicht-Angehörigen

Bei einer fehlenden Belehrung eines Zeugen über sein allgemeines Weigerungsrecht, sich einer in § 81c StPO nicht vorgesehenen Untersuchung zu unterziehen, liegt eine Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses des Angeklagten nicht vor. Es ist deshalb kein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Ein Schluß a maiore ad minus dahingehend, daß wenn schon in dem Weigerungsrecht des Angehörigen ein Verwertungsverbot enthalten ist, sich ein solches erst recht aus dem allgemeinen Recht des Zeugen ergeben müßte, nicht auf seine Glaubwürdigkeit untersucht zu werden [1], kann nicht gezogen werden. Einmal besteht kein "Mehr-Weniger-Verhältnis", sondern ein aliudverhältnis. Der Unterschied liegt gerade in dem Vorhandensein einer familienrechtlichen Bindung. Zum anderen kann bei der Frage, ob ein Beweisverfahrensverbot ein Verwertungsverbot nach sich zieht, nicht vom "Mehr" auf das "Weniger" geschlossen werden, sondern nur umgekehrt. Je stärker die Rechte des Beschuldigten sind, die eine Regelung schützt, desto eher folgt daraus ein Verwertungsverbot. Der Schutz des "Intimcharakters der Person des Zeugen selbst" [2] geht nicht so weit, daß davon auch

1) so Panhuysen S. 86

2) Panhuysen a.a.O.

der Angeklagte rechtlich betroffen ist. Auch der Satz, ein Beweisverbot könne nur dann seine Funktion im Verfahren erfüllen, wenn es durch ein Verwertungsverbot ergänzt werde [1], ist in dieser Verallgemeinerung nicht haltbar. Es ist nicht einzusehen, daß ein Verwertungsverbot stärkere Wirkung haben soll als die dem Schutz der Freiheit und der körperlichen Unversehrtheit dienenden Vorschriften der §§ 239, 240, 223 StGB, denn eine rechtswidrige Untersuchung kann durchaus eine Freiheitsberaubung oder sogar eine Körperverletzung darstellen [2]. Außerdem hat nicht jedes den Formvorschriften widersprechende Verfahren ohne weiteres ein Verwertungsverbot zur Folge [3].

Da somit die unterlassene Belehrung des Zeugen über sein allgemeines Weigerungsrecht die Rechte des Angeklagten nicht berührt, besteht kein Grund für ein Verwertungsverbot hinsichtlich des Ergebnisses einer ohne Belehrung durchgeführten Untersuchung. Es kann über das Gutachten in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

4. Verwertungsverbot bei unterlassener Belehrung des Beschuldigten durch den Sachverständigen analog § 136 StPO

Da auch der Sachverständige den Beschuldigten analog §§ 136, 163a IV StPO über sein Recht, nicht zur Sache auszusagen, belehren muß [4], soll die Frage untersucht werden, ob bei unterlassener Belehrung die Angaben des Beschuldigten im Gutachten verwertet und so in die Hauptverhandlung eingeführt werden oder durch Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen in die Überzeugungsbildung des Gerichts eingehen dürfen.

a) Die Frage der Verwertbarkeit von Angaben eines nichtbelehrten Beschuldigten im Gutachten ist dem Problem der Verwertbarkeit einer in der Hauptverhandlung ohne Belehrung gemachten Aussage eines Beschuldigten gleichgelagert [5].

---

1) Panhuysen S. 87

2) vgl. KMR Vorbem. 2 b (3) vor § 48

3) Peters, Handb. S.787; Kern - Roxin S. 111

4) vgl. oben S. 70 ff.

5) vgl. Peters JR 69, 234

Denn wenn der Sachverständige solche Angaben in seinem Gutachten verwertet, darf das Gericht diese Befundtatsachen aus dem mündlich erstatteten Gutachten ohne weitere Beweisaufnahme [1] als eigene Feststellungen übernehmen.

Ob eine ohne Belehrung gemachte Aussage eines Beschuldigten verwertbar ist, ist äußerst umstritten. Die Rechtsprechung [2] hat die Verwertbarkeit bejaht mit der Begründung, § 136 StPO n.F. sei ebenso wie § 136 StPO a.F. eine bloße Ordnungsvorschrift. Die Verletzung einer Ordnungsvorschrift könne aber nicht zu einem Verwertungsverbot führen. Zur Begründung wird außerdem ein argumentum e contrario aus § 136a herangezogen [3].

Der Wortlaut des § 136 StPO (... ist darauf hinzuweisen...) steht aber der Annahme einer bloßen Ordnungsvorschrift entgegen. § 136 I 2 StPO muß vielmehr als zwingendes Recht [4] angesehen werden. Das zeigt auch ein Vergleich mit § 136 I 1 StPO ganz deutlich. Dort heißt es: ... dem Beschuldigten ist zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird ... Es käme niemand auf den Gedanken, dies als eine bloße, quasi unverbindliche Ordnungsvorschrift anzusehen.

Wendet man § 136 I 2 StPO auch auf den Sachverständigen an, so ist diese Vorschrift auch für ihn zwingendes Recht. Da § 136 StPO zudem unmittelbar dem Schutz des Beschuldigten dient und bei einer Verletzung dieser Norm wesentliche Rechte des Beschuldigten verkürzt werden, liegt die Annahme eines Verwertungsverbots nahe [5].

Das vom BGH in einer Entscheidung vom 22.6.1966 [6] noch vorgebrachte Argument, der Angeklagte sei auch so meist über sein Recht zu schweigen unterrichtet, aus dem sich die Auffassung entnehmen läßt, ein Hinweis im Sinne der

---

1) KMR Vorbem. 2 vor § 72

2) BGHSt 22, 129; 22, 170; OLG Hamburg NJW 66, 1278; OLG Hamm NJW 67, 1524; ebenso Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 136 Anm. 18

3) BGHSt 22, 175; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) a.a.O.

4) Eb. Schmidt, Aufsätze S. 238; Grünwald JZ 66, 495

5) Für ein Verwertungsverbot: Eb. Schmidt a.a.O.; Schünemann MDR 69, 101; Grünwald a.a.O.; Hanack JZ 71, 169; Kern - Roxin S. 113; ausdrücklich für die fehlende Belehrung durch einen Sachverständigen: Maase, DAR 66, 45

6) NJW 66, 1719

§§ 136, 243 IV StPO sei überflüssig, wenn der Beschuldigte "auch so" unterrichtet sei [1], trägt bei der Frage der Verwertbarkeit von Angaben des Beschuldigten gegenüber dem Sachverständigen nicht. Denn hier hat der Beschuldigte sich nicht immer vorher mit seinem Anwalt über das zu wählende Prozeßverhalten unterhalten, wie das nach Meinung des BGH vor der Hauptverhandlung der Fall sein soll. Zudem wissen viele Beschuldigte nicht, daß sie auch gegenüber einem Sachverständigen schweigen dürfen [2].

Das argumentum e contrario aus § 136a StPO, das der BGH in Übereinstimmung mit Sarstedt [3] gegen ein Verwertungsverbot ins Feld führt, geht dahin, daß im Gegensatz zu § 136 in § 136a III 2 StPO ein Verwertungsverbot ausdrücklich normiert sei. Hätte der Gesetzgeber ein Verwertungsverbot gewollt, so hätte er dies spätestens bei der Neufassung des § 136 StPO durch das StPÄG von 1964 ausdrücklich in § 136 eingefügt.

Dies argumentum e contrario erweist sich bei näherer Betrachtung jedoch als unschlüssig. § 136a III 2 StPO regelt nur die Tatsache, daß ein Verwertungsverbot auch bei Zustimmung oder nachträglichem Einverständnis besteht. Ein Verwertungsverbot bei Widerspruch des Beschuldigten wird aber als selbstverständlich vorausgesetzt [4]. Aus der Nichterwähnung eines Verwertungsverbotes in § 136 StPO läßt sich deshalb die Verwertbarkeit nicht herleiten.

Auch ein Vergleich mit der Rechtslage bei § 52 StPO führt zur Annahme eines Verwertungsverbotes. Bei § 52 StPO ist es nicht umstritten [5], daß eine von einem Zeugen ohne Belehrung erstattete Aussage nicht verwertbar ist. Das gilt auch für den Fall, daß ein nichtbelehrter Zeuge Angaben gegenüber einem Sachverständigen macht [6]. Entsprechendes muß auch für eigene, ohne Belehrung abgegebene Bekundungen des Beschuldigten gelten.

1) vgl. dazu Eb. Schmidt a.a.O. S. 226

2) vgl. Arzt JZ 69, 438 Fußn. 5

3) Löwe - Rosenberg § 136 Anm. 18; BGHSt 22, 170

4) Schünemann a.a.O.; Hanack a.a.O.; Kern - Roxin a.a.O.

5) Kleinknecht § 52 Anm. 11; KMR Vorbem. 2 b I (1) vor § 48 Eb. Schmidt II Nachtr. 1 Rdn. 16 zu § 52

6) vgl. Löwe - Rosenberg (Gollwitzer) § 252 Anm. 8

Darf der Sachverständige somit Angaben des Beschuldigten in seinem Gutachten nicht verwerten, wenn er diesen nicht vorher nach § 136 StPO belehrt hat, so fragt sich, ob dieser Mangel durch eine nachträgliche Belehrung geheilt werden kann, wenn der Beschuldigte daraufhin seine Angaben wiederholt oder aufrechterhält. Das muß mit der Einschränkung bejaht werden, daß die spätere Belehrung sich auch darauf beziehen muß, daß die bisherigen Angaben unverwertbar sind[1]. Sonst besteht die Gefahr, daß der Beschuldigte die Angaben nur deshalb wiederholt, weil er glaubt, sie ohnehin nicht mehr aus dem Verfahren heraushalten zu können.

b) Können die ohne Belehrung gemachten Angaben des Beschuldigten nicht im Gutachten verwertet und deshalb auch nicht über das Gutachten in die Hauptverhandlung eingeführt werden, so käme hinsichtlich dieser Tatsachen sowie der Zusatztatsachen eine Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen in Betracht.

Aber auch hier führt ein Vergleich mit der Rechtslage bei den §§ 52, 252 StPO zu dem Ergebnis, daß der Sachverständige nicht als Zeuge vernommen werden darf. Bei § 52 bewirkt die unterlassene Belehrung auch die Unzulässigkeit der Vernehmung der Verhörsperson [2]. Zwar ist die Interessenlage bei § 252 StPO insofern anders, als auch die Aussage eines belehrten Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert, nicht durch Vernehmung der Verhörsperson in das Verfahren eingeführt werden darf [3], während die Aussage eines belehrten Beschuldigten, der in der Hauptverhandlung nicht aussagen will, auf diesem Weg in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann (das Recht, sich nicht zur Sache einzulassen, beseitigt nicht das Recht des Gerichts, alle nur möglichen Erkenntnisquellen zu benutzen [4]). Doch ist im Fall der Nichtbelehrung die

---

1) Kern - Roxin S. 113, 114; Schünemann MDR 69, 102; vgl. zur Situation des Zeugen: Krauß ZStW 73, 328

2) Löwe - Rosenberg (Gollwitzer) § 252 Anm. 4 b

3) vgl. BGHSt 21, 218. Die von der Rechtsprechung für richterliche Vernehmungen gemachte Ausnahme kann hier außer Betracht bleiben.

4) Peters, Lehrb. S. 271; vgl. auch BGHSt 22, 171

Interessenlage gleich [1]. Eine andere Auffassung würde das sich aus der Verletzung des § 136 StPO ergebende Verwertungsverbot aushöhlen und umgehen. Das Verwertungsverbot gilt nicht nur für Verstöße in der Hauptverhandlung, sondern auch für solche im Vorverfahren. Dann muß auch die Vernehmung der Verhörsperson verboten sein. Für den Sachverständigen bedeutet das, daß auch er, der keine Verhörsperson im eigentlichen Sinne ist, nicht als Zeuge vom Hörensagen vernommen werden darf.

In Unkenntnis des Schweigerechts gegenüber dem Sachverständigen gemachte Angaben des Beschuldigten dürfen wegen des Verstoßes gegen § 136 StPO auf keine Weise ohne seine Zustimmung in die Überzeugungsbildung des Gerichts Eingang finden.

Angaben eines durch den Sachverständigen nicht belehrten Beschuldigten können weder über das Gutachten, noch durch Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen in das Verfahren eingeführt werden.

5. Fehlen der Belehrung durch den Sachverständigen über dessen prozessuale Stellung

Ob auch dann ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist, wenn der Sachverständige die Belehrung des Beschuldigten über seine (des Sachverständigen) prozessuale Stellung unterlassen hat, insbesondere über das grundsätzliche Nichtbestehen der ärztlichen Schweigepflicht, erscheint zweifelhaft. Peters [2] ist der Ansicht, daß das Unterlassen dieser Belehrung lediglich eine Beweisregelung verletze, was für das Beweisverfahren keine Folgen nach sich ziehe. Es könne lediglich bei bewußter Unterlassung des Sachverständigen für den Beschuldigten ein Ablehnungsrecht wegen Befangenheit gegeben sein. Peters gibt für seine Ansicht allerdings keine Begründung.

---

1) vgl. dazu Eb. Schmidt, Aufsätze S. 243

2) Gutachten zum 46. DJT S. 129 und JR 69, 234

Die Belehrung über das allgemeine Schweigerecht nach § 136 StPO hat für den Beschuldigten eine sehr viel größere Bedeutung als die Belehrung darüber, daß der Sachverständige seine Wahrnehmungen dem Gericht mitteilen muß. Bei dieser Belehrung handelt es sich lediglich um eine Klarstellung der Funktion des Sachverständigen. Sie ergänzt die grundsätzliche Belehrung nach § 136 StPO, denn wenn der Beschuldigte vom Sachverständigen über das Recht informiert wird, schweigen zu dürfen, beinhaltet diese Belehrung schon in gewissem Umfang die Tatsache, daß für den Sachverständigen eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Gericht besteht.

Da somit die Belehrung über das grundsätzliche Nichteingreifen der Schweigepflicht eine geringere Bedeutung hat als die Belehrung nach § 136 StPO, ist es angemessen, dementsprechend bei ihrer Verletzung kein Verwertungsverbot anzunehmen, obwohl auch die Verletzung dieser Pflicht die Rechte des Beschuldigten berührt. Das Bestehen eines Verwertungsverbots ist auch von der verfahrensrechtlichen Bedeutung der verletzten Norm und der Stärke der Beeinträchtigung des Beschuldigten durch ihre Verletzung abhängig [1].

Das Ergebnis ist auch deshalb sachgerecht, weil für bestimmte Angaben des Beschuldigten (Zusatztatsachen) bei Nichtbelehrung der Schutz des § 300 StGB eingreift, da der Sachverständige nicht durch die Klarstellung das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses verhindert hat.

Für grobe Verstöße gilt außerdem § 136a StPO. Hat der Sachverständige den Beschuldigten bewußt im Unklaren über das Bestehen der Schweigepflicht gelassen und einen Irrtum des Beschuldigten noch verstärkt, so kann im Einzelfall eine Täuschung im Sinne des § 136a StPO vorliegen, was über § 136a StPO zu einem absoluten Verwertungsverbot führen würde.

---

1) vgl. dazu Kern - Roxin S. 111

Die Frage, ob für den Beschuldigten ein Ablehnungsrecht entsteht, kann nicht allgemein beantwortet werden. Bei bewußter Unterlassung, vor allem aber bei einer Täuschung durch den Sachverständigen wird man in der Regel ein Ablehnungsrecht für gegeben halten müssen. In minder schweren Fällen kommt es bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalles darauf an, ob der Angeklagte deshalb Grund hat, an der Unparteilichkeit des Sachverständigen zu zweifeln.

6. Folgen unzulässiger eigener Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen für die Verwertbarkeit der so ermittelten Tatsachen

a) Verwertbarkeit von eigenmächtig eingeholten Schulgutachten, Akten der Jugendämter und ähnlichen Schriftstücken.

Die selbständige Einholung solcher Schriftstücke ist dem Sachverständigen verboten [1]. Hat er dennoch solche Gutachten eingeholt, so darf er sie in seinem Gutachten nicht verwerten. Das ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung der Zulässigkeit der Verlesung von Schriftstücken. Ist die Verlesung unzulässig, dann darf wegen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Hauptverhandlung [2] der Inhalt dieser Schriftstücke auch nicht über das Sachverständigengutachten in das Verfahren eingeführt werden.

Die Verlesung von Leumundszeugnissen von Schulen und Erziehungsheimen in der Hauptverhandlung ist in der Regel unzulässig nach § 256 I StPO. Private Leumundszeugnisse dürfen wegen § 250 StPO nicht verlesen werden. § 250 StPO verbietet auch die Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen über den Inhalt der von ihm eingeholten Schriftstücke [3]. Handelt es sich um andere Schriftstücke als Leumundszeugnisse, so ist ihre Verlesung nur unter den engen Voraussetzungen des § 251 StPO erlaubt. Deshalb muß das

---

1) siehe oben S. 52

2) vgl. dazu Kern - Roxin § 46

3) vgl. Kleinknecht § 250 Anm. 1 A und § 256 Anm. 3

Verwertungsverbot auch für diese gelten. Den Inhalt solcher schriftlicher Auskünfte, die in den meisten Fällen Leumundszeugnisse darstellen, darf der Sachverständige somit seinem Gutachten nicht zugrunde legen. Die Verfasser der Schriftstücke müssen in der Hauptverhandlung als Zeugen vernommen werden.

Ob aus der Einholung von Leumundszeugnissen und ähnlichen Schriftstücken für den Beschuldigten ein Ablehnungsrecht wegen Befangenheit, §§ 74, 23 StPO, entstehen kann, ist eine Frage des Einzelfalles. Im allgemeinen dürfte die selbständige Einholung solcher Schriftstücke für den Angeklagten keine ernsthaften Zweifel an der Unparteilichkeit des Sachverständigen begründen. Im Zusammenhang mit anderen Ablehnungsgründen kann dieses Verhalten jedoch bei einer Gesamtwürdigung ausschlaggebend für das Bestehen eines Ablehnungsrechts sein [1)]

b) Vom Sachverständigen durchgeführte Untersuchungen und Eingriffe nach § 81a StPO, die nicht von der im Einzelfall zuständigen Person angeordnet worden waren.

Hat der Sachverständige im Rahmen einer Unterbringung nach § 81 StPO oder sonst Untersuchungen und Eingriffe nach § 81a StPO vorgenommen, ohne daß sie vorher vom Richter oder Staatsanwalt besonders angeordnet worden waren, so hängt die Verwertbarkeit der Untersuchungsergebnisse davon ab, ob die Untersuchungen oder Eingriffe materiell gegen § 81a StPO verstießen, oder ob lediglich die vorherige Anordnung fehlte, ob also ein formeller Verstoß gegen § 81a vorlag.

Fehlte lediglich die Anordnung, hätte also der Richter auf Anraten des Sachverständigen die Untersuchung oder den Eingriff anordnen dürfen und zweckmäßigerweise anordnen müssen, so zieht ein solch formeller Verstoß gegen § 81a

---

1) Mehrere Ablehnungsgründe, die jeder für sich zur Ablehnung nicht ausreichen, können bei einer Gesamtwürdigung zur Ablehnung führen; vgl. BGHSt 8, 227

kein Verwertungsverbot nach sich [1], da in diesem Fall das Beweismittel auch auf legale Weise hätte gewonnen werden können [2]. Den Schutz des Beschuldigten sichern in diesem Fall die materiellrechtlichen Strafbestimmungen (Freiheitsberaubung, Körperverletzung). Bei formellem Verstoß gegen § 81a StPO kann ein Verwertungsverbot nur dann entstehen, wenn der Sachverständige seine Unzuständigkeit kennt und dennoch unter Zwangseinwirkung einen Eingriff durchführt. Ein solches Verfahren würde gegen das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Recht des Angeklagten auf ein an den Grundsätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit orientiertes Verfahren ("fair trial") verstoßen. Ein solch schwerer Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip hätte ein Verwertungsverbot zur Folge [3]. Nur in diesem Ausnahmefall führt somit ein formeller Verstoß gegen § 81a StPO zur Unverwertbarkeit des so erlangten Untersuchungs- oder Eingriffsergebnisses.

Anders verhält es sich bei solchen Eingriffen, die materiell von der Vorschrift des § 81a StPO nicht umfaßt werden, weil sie wegen ihrer Schwere (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) nicht mehr von § 81a StPO gedeckt sind oder nicht zur Feststellung von Tatsachen dienen, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Die so erlangten Beweismittel hätten legal nicht gewonnen werden können, der Richter hätte einen solchen Eingriff nicht anordnen dürfen. Es wäre insofern ohne materielle Ermächtigungsgrundlage in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 II GG, eingegriffen worden. Deshalb führt ein materieller Verstoß gegen § 81a

---

1) Dieser Fall ist dem der Entnahme einer Blutprobe durch einen Nichtarzt gleichzustellen. Die so erlangte Blutprobe wird von der ganz h.M. für verwertbar gehalten; vgl. BGHSt 24, 125; OLG Hamm NJW 70, 528; Kleinknecht § 81a Anm. 11; Henkel S. 268; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 81a Anm. 12; Kern - Roxin S. 114; a.A. Eb. Schmidt MDR 70, 461, der die Unverwertbarkeit mit dem Recht des Beschuldigten auf einen approbierten Arzt begründet. Diese Begründung gibt für den hier zu untersuchenden Fall nichts her, da der Sachverständige, der im Rahmen der §§ 81, 81a StPO tätig wird, meist ein approbierter Arzt sein wird.

2) vgl. Kleinknecht Einl. 1 S e

3) vgl. dazu BGH NJW 71, 1098; Eb. Schmidt MDR 70, 464

zur Unverwertbarkeit des Untersuchungsergebnisses [1]. Das ergibt sich auch nach der Rechtskreistheorie des BGH [2], denn ein materieller Verstoß gegen § 81a berührt den grundrechtlich geschützten Rechtskreis des Beschuldigten in so starkem Maße, daß der Verstoß nicht mehr als nur von untergeordneter Bedeutung angesehen werden kann. Ein unter materieller Verletzung des § 81 a StPO gewonnenes Untersuchungsergebnis darf der Sachverständige weder in seinem Gutachten verwerten, noch darf er als Zeuge darüber gehört werden.

Eigenmächtige Untersuchungen oder Eingriffe dürften in den meisten Fällen vernünftige Gründe für den Angeklagten darstellen, an der Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Sachverständigen zu zweifeln. Es besteht daher in diesen Fällen für den Beschuldigten ein Ablehnungsrecht gem. §§ 74, 24 StPO. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob ein materieller oder ein formeller Verstoß gegen § 81a StPO vorliegt. Hat der Sachverständige eigenmächtig Untersuchungen vorgenommen, kann er vom Angeklagten als befangen abgelehnt werden.

c) Unzulässige "Vernehmung" von Beschuldigten oder Zeugen durch den Sachverständigen

aa) Hat der Sachverständige einen Zeugen "vorbereitend befragt" und ist der Zeuge daraufhin richterlich in einer Einzelvernehmung oder in der Hauptverhandlung vernommen worden, so darf der Sachverständige die bei der Vernehmung gemachten Angaben verwerten, sofern sie ihm als Anknüpfungstatsachen zur Verfügung gestellt worden sind. Der Verstoß gegen das Verbot "vorbereitender Befragungen" [3] wird durch die spätere justizförmige Vernehmung geheilt. Der Verstoß ist nicht von solcher Schwere, daß er andere Folgen nach sich ziehen würde.

---

1) Kern - Roxin S. 114; Henkel S. 225; Kohlhaas JR 60, 248; Peters, Gutachten für den 46. DJT S. 142

2) grundlegend BGHSt 11, 213

3) siehe oben S. 52

Die Möglichkeit der Ablehnung des Sachverständigen ist auch hier Frage des Einzelfalles, doch dürfte eine, wenn auch unzulässige "vorbereitende Befragung" ebenso wie die unzulässige Einholung von Leumundszeugnissen für sich allein noch keine Ablehnung rechtfertigen.

bb) Hat der Sachverständige Zeugen oder den Beschuldigten hingegen "vernommen", hat er bei einer Glaubwürdigkeitsuntersuchung den Probanden "zur Sache" exploriert, oder den Beschuldigten in unzulässiger Weise über den Tathergang ausgeforscht, so ist für den Beschuldigten regelmäßig ein Ablehnungsrecht gegeben. Das gilt für alle Fälle, in denen der Sachverständige über seinen Gutachterauftrag hinausgegangen ist und sich wie ein Strafverfolgungsorgan an der Tataufklärung beteiligt hat [1]. Dazu gehört auch der Fall, daß der Sachverständige unzulässige kriminalistische Hypothesen über den Tathergang angestellt hat [2]. In diesen Fällen müssen nicht nur für den Beschuldigten, sondern für jeden objektiven Beobachter erhebliche Zweifel an der Unparteilichkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen aufkommen.

Es fragt sich aber, ob außerdem ein Verwertungsverbot für die vom Sachverständigen so ermittelten Tatsachen besteht. Sarstedt [3] scheint ein solches Verwertungsverbot anzunehmen, wenn er ausführt, die Anhörung von Zeugen oder Beschuldigten durch den Sachverständigen sei nur in beschränktem Umfang zulässig, überschreite der Sachverständige insoweit seine Befugnisse, sei das so Ermittelte schon deshalb nicht verwertbar. Eine nähere Begründung für dieses Verwertungsverbot gibt Sarstedt nicht.

Daß insoweit bei jeder Überschreitung der Befugnisse durch den Sachverständigen ein Verwertungsverbot gegeben sein soll, kann in dieser Verallgemeinerung nicht gelten. Hat der Sachverständige von § 136a StPO verbotene Methoden angewendet, oder sonst in eklatanter Weise gegen das Rechts-

---

1) vgl. Peters, JR 69, 234

2) vgl. oben S. 54 ff.

3) Löwe - Rosenberg § 136a Anm. 2

staatsprinzip verstoßen, so hat das ein Verwertungsverbot zur Folge. Wenn der Sachverständige bei einer Anhörung oder einer "Exploration zur Sache" die Belehrungspflichten beachtet, wenn er seine verfahrensrechtliche Stellung klargestellt hat, wenn er außerdem keine "Abdrängungs- und Belastungsversuche" durchgeführt hat, sind die Verletzung der Rechte des Beschuldigten und der Verstoß gegen Verfahrensnormen nicht von einer solchen Stärke, daß sie ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen müßten. Zumal bei Überschreitung der Befugnisse gegenüber einem Zeugen außer im Fall fehlender Belehrung der Rechtskreis des Angeklagten gar nicht betroffen ist [1]. In diesen Fällen erscheint es sachgerechter, wegen der berechtigten Zweifel an der Unbefangenheit des Sachverständigen, die durch unzulässige eigene Ermittlungstätigkeiten entstehen können, dem Angeklagten das Recht zur Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit zu geben. Es liegt dann im Ermessen des Angeklagten, ob er von diesem Recht Gebrauch machen will. Macht er es nicht geltend, so muß das Gericht bei der Einführung der vom Sachverständigen so ermittelten Tatsachen in die Hauptverhandlung den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und die richterliche Aufklärungspflicht beachten und die unmittelbaren Zeugen vernehmen. Eine Einführung der vom Sachverständigen in dieser Weise ermittelten Tatsachen allein durch die Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen verstieße gegen die Aufklärungspflicht und stellte einen Revisionsgrund dar.

7. Darf der mit Erfolg abgelehnte Sachverständige noch als Zeuge vernommen werden?

a) Der BGH hat in einer Entscheidung vom 7.5.1965 [2] ausgesprochen, der wegen der Besorgnis der Befangenheit erfolgreich abgelehnte Sachverständige dürfe noch als Zeuge über Tatsachen vernommen werden, die ihm bei Durchführung

---

1) vgl. Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 81c Anm. 17

2) BGHSt 20, 222

des ihm erteilten Auftrags bekannt geworden seien. Die Ablehnung verbiete nur, ihn als Zeugen zu den Schlußfolgerungen zu hören, die er aus jenen Tatsachen aufgrund seiner Sachkunde gezogen habe. Diese Auffassung würde für die Problematik der eigenen Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen bedeuten, daß der wegen unzulässiger Ermittlungstätigkeit erfolgreich abgelehnte Sachverständige die Ergebnisse seiner unzulässigen Tätigkeit dem Gericht als Zeuge mitteilen dürfte. Ein solches Ergebnis würde aber dem dargestellten, sich aus der verfahrensrechtlichen Stellung des Sachverständigen ergebenden grundsätzlichen Verbot eigener Ermittlungstätigkeit zuwiderlaufen. Der vom BGH eingeschlagene Weg, den Auswirkungen der Befangenheit auf die Zeugenaussage über die freie Beweiswürdigung Rechnung zu tragen [1], erscheint wegen der Verschiedenheit eines befangenen Zeugen und eines befangenen Sachverständigen, der zum Zeugen gemacht wurde, nicht gangbar. Zu untersuchen ist deshalb, ob der Sachverständige überhaupt nicht mehr als Zeuge gehört [2] oder ob er nur zu bestimmten Tatsachen nicht als Zeuge vernommen werden darf. Das bloße Verbot der Zeugenvernehmung über sachkundige Schlußfolgerungen, wie es der BGH aufstellt, ist jedenfalls zu eng.

b) Sarstedt [3] will jetzt im Anschluß an Kohlhaas [4] eine Unterscheidung dahingehend vornehmen, daß der abgelehnte Sachverständige nicht mehr über solche Wahrnehmungen als Zeuge vernommen werden dürfe, die er als Sachverständiger im Rahmen des ihm erteilten Auftrags gemacht habe. Dagegen sei es zulässig, den abgelehnten Sachverständigen über Vorgänge zu vernenmen, die er ohne Beziehung zu dem erteilten Auftrag beobachtet habe oder zu deren Wahrnehmung es keiner besonderen Sachkunde bedurft habe. Er führt dazu das Beispiel von Kohlhaas [5] an, ein abgelehnter Psychiater müsse als Zeuge sagen dürfen, daß der Untersuchte ihm ein Glas an den Kopf geworfen habe.

---

1) BGHSt 20, 222

2) so Löwe - Rosenberg (Sarstedt) in der 21. Aufl. § 85 Anm. 4

3) Löwe - Rosenberg, 22. Aufl. § 85 Anm. 4

4) LM Nr. 1 zu § 85 StPO

5) a.a.O.

Weitergehend meint Henkel [1], über Zusatztatsachen dürfe der abgelehnte Sachverständige als Zeuge gehört werden, insoweit unterliege er der allgemeinen Zeugenpflicht. Bezüglich der zur Vorbereitung des Gutachtens getroffenen Feststellung von Befundtatsachen sei der Sachverständige materiell in der Funktion eines sachverständigen Zeugen tätig geworden und dürfe nach erfolgreicher Ablehnung ebenfalls als - insoweit sachverständiger - Zeuge gehört werden. Ähnlich wie der BGH will Henkel dem Gericht lediglich untersagen, den Sachverständigen als Zeugen über die Würdigung der wahrgenommenen Tatsachen zu vernehmen. Der Ablehnungsgrund stelle die unbefangene Mitarbeit des Sachverständigen bei der Beweiswürdigung in Zweifel, nicht jedoch ohne weiteres die Zuverlässigkeit der Feststellung objektiver Tatsachen.

Hiergegen muß eingewandt werden, daß sich bei der Tätigkeit des Sachverständigen in vielen Fällen die Feststellung objektiver Tatsachen und deren sachkundige Würdigung nicht trennen lassen [2]. Gerade bei der Exploration eines Zeugen sind die Wahrnehmung von Aussagen und deren psychologische Wertung untrennbar verbunden. Die Antworten des Zeugen beeinflussen die folgenden Fragen des Sachverständigen und die vom Zeugen gemachten Angaben sind durch die Art der Fragestellung des Sachverständigen geprägt. Eine Trennung zwischen der reinen Wahrnehmung objektiver Tatsachen und "reiner" Gutachtertätigkeit ist nicht möglich.

Gegen die Meinung von Sarstedt und Kohlhaas muß gesagt werden, daß sie die "lästige Folge" [3] hat, daß Wahrnehmungen des Sachverständigen, die nicht wiederholt werden können, für die Wahrheitsfindung verloren gehen. Wenn, wie im Fall eines formellen Verstoßes gegen § 81a StPO, kein Verwertungsverbot besteht, müssen die Untersuchungsergebnisse

---

1) Lehrb. S. 219; ebenso KMR § 74 Anm. 5 b; vgl. auch Hellmuth Mayer, Mezger-Festschrift S. 466

2) vgl. Hanack JR 66, 426; Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 85 Anm. 4

3) So bezeichnet Sarstedt a.a.O. selbst die Konsequenz seiner Auffassung

auch in das Verfahren eingeführt werden können. Bei Eingriffen nach § 81a StPO wird das Ergebnis häufig ein objektives Beweismittel sein. Nur wenn es sich um ein objektives Beweismittel handelt, darf der Sachverständige darüber als Zeuge gehört werden. Die Befangenheit des Sachverständigen kann sich auf das objektive Beweismittel nicht auswirken.

Bei Befragungen von Zeugen und Beschuldigten durch den Sachverständigen muß danach abgegrenzt werden, ob die Tatsachen, über die der abgelehnte Sachverständige als Zeuge vernommen werden soll, von diesem in irgendeiner Form "ermittelt" worden sind, oder ob er sie völlig ohne eigenes Zutun wahrgenommen hat, wie etwa die Tatsache, daß der Untersuchte ihm ein Glas an den Kopf geworfen hat oder die, daß während einer Leichenöffnung ein fremder Mann hat eindringen wollen [1]. Entgegen der Ansicht des BGH [2] ist es nicht unerheblich, daß die Wahrnehmungen des Sachverständigen erst durch seine Berufung zum Sachverständigen ermöglicht wurden. Macht er insoweit Wahrnehmungen, die in einem Zusammenhang mit dem Gutachtenauftrag oder im Zusammenhang mit dem zugrundeliegenden Tatgeschehen stehen, so darf er nach erfolgreicher Ablehnung darüber auch nicht als Zeuge vernommen werden, sofern er diese Tatsachen "ermittelt" hat. "Ermittelt" bedeutet in diesem Zusammenhang, daß der Sachverständige eine irgendwie geartete Aktivität entfaltet hat, um diese Tatsachen wahrnehmen zu können, etwa indem er den Probanden gefragt oder zum Reden ermuntert hat. Am Beispiel der durch unzulässige Befragung ermittelten Tatsachen wird deutlich, daß es nicht angehen kann, daß der abgelehnte Sachverständige darüber noch als Zeuge vernommen wird. Wenn gerade die unzulässigen eigenen Ermittlungen Zweifel an der Unparteilichkeit des Sachverständigen begründen und er deshalb als Sachverständiger abgelehnt wird, dürfen die den Ablehnungsgrund bildenden

---

1) Beispiele von Kohlhaas a.a.O.

2) BGHSt 20, 222

Tatsachen nicht durch Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen dennoch in das Verfahren eingeführt werden. Der auf Veranlassung des Gerichts tätig gewordene Sachverständige ist gerade nicht einem befangenen Zeugen gleichzustellen. Zwar kann auch ein Zeuge befangen und parteilich sein, doch ist er im Unterschied zum Sachverständigen zufällig oder aus eigenem Antrieb tätig geworden. Der Sachverständige handelt dagegen letztlich immer auf Veranlassung des Gerichts; auch wenn er den Rahmen seines Auftrags überschreitet, ist ihm die Möglichkeit dazu durch die Bestellung zum gerichtlichen Sachverständigen gegeben worden. Dieser Unterschied muß dazu führen, daß der abgelehnte Sachverständige hinsichtlich der aufgrund unzulässiger Ermittlungstätigkeit gemachten Wahrnehmungen nicht mehr als Zeuge vernommen werden darf. Andernfalls würde der Sinn des Ablehnungsrechts umgangen und das Vertrauen des Angeklagten in die Unparteilichkeit und Unbefangenheit des Gerichts erschüttert. Denn wie soll der Angeklagte verstehen, daß es genügt, den Sachverständigen zum Zeugen "umzufunktionieren", um die vom Sachverständigen unzulässig ermittelten Tatsachen in zulässiger Weise in das Verfahren einzuführen.

8. Verwertbarkeit der Aussage eines richterlich belehrten Zeugen gegenüber einem Sachverständigen, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert und Folgen des Widerrufs einer Einwilligung in eine Untersuchung nach § 81c StPO

a) Äußerst unklar und widersprüchlich ist die Rechtsprechung des BGH zu der Frage, ob ein Sachverständiger über die von ihm ermittelten Angaben eines Zeugen aussagen darf (als Zeuge vom Hörensagen oder als Sachverständiger), wenn der Zeuge vorher richterlich belehrt war und erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.

In einer Entscheidung vom 13.2.1959 [1] hat der BGH ausgeführt, die vom Sachverständigen durchgeführte Befragung sei einer richterlichen Vernehmung nicht gleichzustellen. Nur für die richterliche Vernehmung gelte jedoch die von der Rechtsprechung [2] gemachte Ausnahme von dem Verwertungsverbot des § 252 StPO. Deshalb dürfe der Sachverständige selbst dann nicht als Zeuge über die Aussagen der zur Untersuchung gestellten Person vernommen werden, wenn die Untersuchung zu einem Zeitpunkt erfolgte, in dem der zu beurteilende Zeuge bereits vom Richter vernommen und von diesem über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden war. Diese Auffassung des BGH bezog sich jedoch ausdrücklich nur auf Zusatztatsachen.

Im Widerspruch dazu steht eine Entscheidung vom 10.10.57 [3]. Darin wird es als Fortbildung von BGHSt 2, 99 [4] bezeichnet, daß in dem Fall, daß ein Zeuge nach richterlicher Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO zur Vorbereitung eines Gutachtens über seine Glaubwürdigkeit an ihn gestellte Fragen des Sachverständigen beantwortet habe und erst in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigere, seine Antworten dem Gutachten trotz der inzwischen erklärten Zeugnisverweigerung zugrundegelegt werden dürften. Als Begründung dafür führt der BGH an, zwar könne man die Aussagen gegenüber einem Sachverständigen nicht wie Aussagen gegenüber einem unbeteiligten Dritten behandeln [5], doch sei der Sachverständige der Gehilfe des Richters und deshalb könne man die vor ihm gemachten Angaben wie Aussagen vor Gericht behandeln.

Zur Lösung dieses Widerspruchs wurde in der Entscheidung vom 13.2.1959 dargelegt, daß es sich bei der Entscheidung vom 10.10.57 um Befundtatsachen gehandelt habe [6] und nur

1) BGHSt 13, 1

2) BGHSt 2, 99; 21, 218

3) BGHSt 11, 97

4) In dieser Entscheidung hatte der BGH die Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO für richterliche Vernehmungen gemacht.

5) Dritte dürfen trotz Zeugnisverweigerung des Zeugen in der Hauptverhandlung als Zeugen vom Hörensagen vernommen werden, da die Äußerungen gegenüber Dritten außerprozessual geschahen; vgl. Peters, Gutachten zum 46. DJT S. 120; BGHSt 1, 373

6) vgl. auch BGHSt 13, 250 (252 a.E.)

diese dürfe der Sachverständige nach der Zeugnisverweigerung noch seinem Gutachten zugrundelegen. Über Zusatztatsachen hingegen dürfe der Sachverständige nach der Zeugnisverweigerung nicht vernommen werden.

Daß es sich bei den in Frage stehenden Tatsachen in der Entscheidung vom 10.10.57 um Befundtatsachen gehandelt hat, geht aber aus der Entscheidung selbst nicht hervor [1]. So deutet ein späteres Urteil des BGH [2] anders als die Entscheidung vom 13.2.59 die Entscheidung vom 10.10.57 dahingehend, daß nur in dem Fall, daß das Gericht von der Richtigkeit der vom Sachverständigen ermittelten Tatsachen schon unabhängig von dessen Bekundung überzeugt sei, der Sachverständige diese Tatsachen in seinem Gutachten verwerten könne. Dabei wird in dieser Entscheidung [3] kein Unterschied danach gemacht, ob es sich um Zusatz- oder Befundtatsachen handelt.

Im Zusammenhang mit diesen Entscheidungen muß auch der Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 8.12.58 [4] gesehen werden. Dort wird festgestellt, daß für den Widerruf des Verzichts auf das Weigerungsrecht aus § 81c I 2 StPO die allgemeinen zu § 52 II 2 StPO entwickelten Grundsätze gelten. Der Widerruf habe zur Folge, daß weitere Untersuchungen nicht mehr stattfinden dürften. Hingegen sei es zulässig, das vor dem Widerruf erlangte Untersuchungsergebnis noch als Beweismittel zu verwerten. Nach beendeter Untersuchung sei ein Widerruf bedeutungslos. Damit hat der Große Senat die von BGHSt 11, 97 aufgestellten Grundsätze für Befragungen im Rahmen einer Untersuchung auf die Glaubwürdigkeit auf das Untersuchungsverweigerungsrecht übertragen.

b) Diese Rechtsprechung des BGH zeigt, daß keine Klarheit darüber besteht, ob überhaupt und welche von ihm ermittelten Tatsachen der Sachverständige nach erfolgter

---

1) vgl. auch Russ NJW 63, 386

2) BGHSt 18, 107 vom 26.10.62

3) BGHSt 18, 107

4) BGHSt 12, 235

Zeugnisverweigerung des untersuchten oder explorierten Zeugen in seinem Gutachten verwerten darf. Der BGH entscheidet diese Frage mehr oder weniger von Fall zu Fall, wobei die spätere Entscheidung jeweils die früheren so deutet, daß sie nicht im Widerspruch zu der angestrebten Lösung des anstehenden Falles stehen.

aa) Bei einer Lösung dieser Frage muß zunächst den Entscheidungen BGHSt 13, 1 und 18, 107 dahingehend zugestimmt werden, daß jedenfalls bei Zusatztatsachen, die der Sachverständige - in zulässiger oder in unzulässiger Weise - ermittelt hat, eine Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge vom Hörensagen ausgeschlossen ist, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Zeuge vorher vom Richter über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden war oder nicht. Der Sachverständige ist gerade keine "Verhörsperson" [1], vor allem keine dem Richter gleichzustellende. Bei Zusatztatsachen können Angaben vor dem Sachverständigen nicht wie Aussagen vor dem Richter behandelt werden. Die von der Rechtsprechung zugelassene sehr zweifelhafte [2] Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO

---

1) so unrichtig Löwe - Rosenberg (Gollwitzer) § 252 Anm. 8; nicht überzeugend ist auch die Auffassung von Kohlhaas, Med. Sachv. 1960, S. 100 und Kohlhaas/Janssen, Zeitschr. f. gerichtl. Med. Bd. 58 (1966), S. 181, der Sachverständige stehe kraft seines richterlichen Auftrags im Range über dem Staatsanwalt und der Polizei und dürfe deshalb wie ein Vernehmungsrichter vernommen werden. Weder überträgt der richterliche Auftrag richterliche Funktionen auf den Sachverständigen, da eine solche Übertragung von § 80 StPO nicht gedeckt wäre und jeder Rechtsgrundlage entbehrte, noch gewährleistet er die verfahrensrechtlichen Garantien einer richterlichen Vernehmung auch bei einer Befragung durch den Sachverständigen.
Hier zeigt sich wieder einmal, welche Konsequenzen die irreführende Bezeichnung des Sachverständigen als "Richtergehilfen" haben kann. Kohlhaas begründet seine Auffassung ausdrücklich mit der Gehilfeneigenschaft des Sachverständigen.

2) vgl. Eb. Schmidt, Lehrk. I Rdn. 455; Peters, Lehrb. S. 270; Henkel S. 345; Kern - Roxin S. 225

kann insoweit für den Sachverständigen nicht gelten.

Der Sachverständige kann andererseits aber auch nicht einem privaten Dritten gleichgestellt werden für den Fall, daß er Zusatztatsachen ermittelt oder wahrnimmt. Ein Dritter darf als Zufallszeuge über Mitteilungen gehört werden, die der das Zeugnis verweigernde Zeuge ihm gegenüber gemacht hat, weil insoweit keine Unkenntnis von einem Schweigerecht im Spiel gewesen sein kann. Beim Sachverständigen ist die Sachlage jedoch anders. Die Äußerungen gegenüber einem Sachverständigen sind, auch wenn sie Zusatztatsachen betreffen, letztlich im Verfahren abgegeben worden [1].

Wegen dieses Zusammenhangs mit dem Verfahren sind die Aussagen gegenüber einem Sachverständigen, soweit sie Zusatztatsachen betreffen, auch nicht wie Aussagen gegenüber Dritten zu behandeln und somit wegen § 252 StPO bei Zeugnisverweigerung auch von der mittelbaren Verwertung durch Vernehmung des Sachverständigen als Zeugen vom Hörensagen ausgeschlossen.

bb) Eine andere Beurteilung der Frage könnte sich bei den Befundtatsachen ergeben, zumal diese eher durch eine Untersuchung ermittelt werden und dabei weniger das Zeugnisverweigerungsrecht des § 52 StPO als das Untersuchungsverweigerungsrecht des § 81c I 2 StPO eine Rolle spielt. So stimmt Peters [2] der Entscheidung BGHSt 11, 97 zu, soweit es sich um Befundtatsachen handelt. Auch Gollwitzer [3] ist der Ansicht, daß bei Befundtatsachen die spätere Weigerung auszusagen nur zur Folge habe, daß keine weiteren Untersuchungen vorgenommen und keine weiteren Fragen an den Zeugen gestellt werden dürften; die bisher gemachten Äußerungen seien dagegen vom Sachverständigen in seinem Gutachten verwertbar.

---

1) vgl. Panhuysen S. 68, 69; Peters, Handb. der Psych. S. 785

2) Handbuch d. Psych. S. 785

3) Löwe - Rosenberg § 252 Anm. 8

Bei diesen Ausführungen Gollwitzers wird besonders deutlich, daß hier das Untersuchungsverweigerungsrecht aus § 81c I 2 StPO und das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 II StPO völlig gleichgestellt werden. Befragungen und Untersuchungen durch den Sachverständigen werden gleichbehandelt. Bei einer Exploration zur Erforschung der Glaubwürdigkeit ist dies zutreffend, dabei handelt es sich um eine Untersuchung in Form einer Befragung. Wenn das aber so ist, dann erscheint es inkonsequent, § 252 StPO nicht auch auf die Befragung zur Erforschung von Befundtatsachen anzuwenden. Die Tatsache, daß der Sachverständige hinsichtlich der Zusatztatsachen als Zeuge, hinsichtlich der Befundtatsachen aber als Sachverständiger aussagen muß, vermag eine unterschiedliche Behandlung der Verwertbarkeit nicht zu begründen. Der Sachverständige ist auch bei der Ermittlung von Befundtatsachen nicht dem Richter gleichzustellen und hier noch weniger einem privaten Dritten. Das Verwertungsverbot des § 252 StPO gilt daher auch für Angaben über Befundtatsachen, die der Zeuge gegenüber dem Sachverständigen gemacht hat.

Eine Gleichbehandlung der Angaben gegenüber einem Sachverständigen mit Aussagen gegenüber einem Richter verbietet sich auch aus einem anderen Grund. Nicht nur der Zeuge, dem ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, kann Angaben gegenüber dem Sachverständigen verweigern, kein Zeuge ist verpflichtet, sich von einem Sachverständigen ausfragen zu lassen und kein Zeuge ist verpflichtet, einem Sachverständigen die Wahrheit zu sagen [1]. Das Recht, das Zeugnis zu verweigern, und das allgemeine Recht, vor einem Sachverständigen zu schweigen, sind zwei ganz verschiedene Rechte. Beim zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen bestehen sie nebeneinander. Ihre Gleichsetzung durch BGHSt 11, 97 und die Gleichbehandlung von Aussagen gegenüber einem Sachverständigen mit Aussagen eines Zeugen vor dem Richter sind unzulässig. Bei Aussagen vor dem Richter besteht für

---

1) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 5 a.E.

den Zeugen die durch §§ 153ff StGB unterstrichene Wahrheitspflicht, bei Angaben gegenüber einem Sachverständigen besteht diese Pflicht nicht. Mit Sarstedt [1] ist deshalb darauf hinzuweisen, daß die Gleichsetzung von Angaben ohne Wahrheitspflicht mit Aussagen mit Wahrheitspflicht eine gefährliche prozessuale Unklarheit darstellt. Auch diese Unklarheit spricht gegen die Zulässigkeit der Vernehmung des Sachverständigen über Befundtatsachen trotz Zeugnisverweigerung jedenfalls dann, wenn die Befundtatsachen durch Befragung (Exploration) ermittelt worden sind.

Es bestehen zudem erhebliche Bedenken, ob nicht schon die von der Rechtsprechung und einer Literaturmeinung [2] zugelassene Ausnahme von § 252 StPO bei richterlichen Vernehmungen eine klare Verletzung des § 252 StPO darstellt [3], zumal der frühere Grund für diese Ausnahme, die Tatsache, daß nur den Richter die Belehrungspflicht traf, seit dem StPÄG von 1964 weggefallen ist. Heute müssen auch Staatsanwalt und Polizei belehren [4]. Diese Frage braucht hier nicht entschieden zu werden, sie ist aber insofern von Bedeutung, als die Ausnahme von § 252 StPO nicht noch auf Bekundungen gegenüber einem Sachverständigen ausgedehnt werden darf, wenn schon gegen die ursprüngliche Ausnahme bei richterlichen Vernehmungen gewichtige Bedenken bestehen.

---

1) Löwe - Rosenberg (Sarstedt) § 80 Anm. 5 a.E.

2) BGHSt 2, 99; 21, 218; Kleinknecht § 252 Anm. 3 B; Löwe - Rosenberg (Gollwitzer) § 252 Anm. 4 b; KMR (Sax) § 252 Anm. 1 b (2), der allerdings in § 252 nur ein Verlesungsverbot sieht.

3) so mit beachtlichen Gründen Eb. Schmidt Lehrk. I Rdn. 455 und II Nachtr. 1 § 252 Erl. I u. II; ebenso Heinitz JR 60, 227; Peters, Lehrb. S. 270; Henkel S. 345, 346, Fußn. 31; Kern - Roxin S. 225; Spendel NJW 66, 1105

4) Abzulehnen ist die Ansicht von Kohlhaas, NJW 65, 1255, der daraus den Schluß zieht, auch jene dürften nunmehr entgegen § 252 StPO als Verhörspersonen vernommen werden. Nach dieser Meinung müßte dann wohl auch der Sachverständige vernommen werden dürfen, wenn der Zeuge belehrt war, und sei es vom Sachverständigen selbst. Näher liegt die Folgerung, daß der Grund für eine besondere Behandlung richterlicher Verhörspersonen weggefallen ist und deshalb auch diese nicht mehr vernommen werden dürfen; vgl. Peters, Gutachten zum 46. DJT S. 119; Kern - Roxin S. 225; gegen Kohlhaas auch Eb. Schmidt Lehrk. II Nachtr. 1 § 252 Anm. II

Eine andere Frage ist, ob der Sachverständige Befund- oder Zusatztatsachen dann seinem Gutachten zugrundelegen darf, wenn das Gericht schon unabhängig von seinen Bekundungen von der Richtigkeit der von ihm ermittelten Tatsachen überzeugt ist. In diesem Fall dürfen nicht die Angaben des Zeugen gegenüber dem Sachverständigen trotz späterer Zeugnisverweigerung verwertet werden, sondern das Gericht muß dem Sachverständigen die nach seiner Überzeugung richtigen Tatsachen als Anknüpfungstatsachen zur Verfügung stellen. Diese darf er dann, auch wenn sie sich inhaltlich mit den von ihm ermittelten decken, seinem Gutachten zugrundelegen. Die Angaben des Zeugen selbst aber dürfen nicht verwertet werden [1].

cc) Diese Grundsätze müssen auch für den Fall gelten, daß ein Zeuge zulässigerweise gem. §§ 81c I 3, 52 II 2 StPO die Einwilligung zu einer körperlichen Untersuchung widerruft. Wenn das Untersuchungsverweigerungsrecht aus § 81c StPO dem Zeugnisverweigerungsrecht gleichgestellt wird, wenn der BGH [2] selbst für die Folgen des Widerrufs die zu § 52 II 2 entwickelten Grundsätze gelten lassen will, dann muß auch bei einem Widerruf der Einwilligung bei Bestehen eines Untersuchungsverweigerungsrechts aus § 81c I 3 StPO das bis dahin gewonnene Untersuchungsergebnis ebenso wie eine frühere Aussage gem. § 252 StPO unverwertbar sein [3]. Sonst ist die vom BGH vorgenommene Parallelisierung des Untersuchungsverweigerungsrechts mit dem Zeugnisverweigerungsrecht insgesamt unrichtig [4]. Das ist aber nicht der Fall.

Es ist somit festzuhalten, daß der Sachverständige die von ihm in zulässiger Weise ermittelten Befund- und Zusatztatsachen nur dann verwerten und darüber vernommen

---

1) das übersieht BGHSt 18, 107; am Ergebnis ändert das allerdings nichts

2) BGHSt 12, 235

3) so mit Recht Sb. Schmidt JR 69, 87

4) vgl. BGHSt 12, 235; [illegible] so auch z.B.

werden darf, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht oder seine Einwilligung zu einer Untersuchung nicht widerruft. Daran ändert auch eine vorherige richterliche Belehrung des Zeugen nichts.

V. Zusammenfassung und Schlußbetrachtung

1) Im heutigen Strafprozeß ist das Gutachten des Sachverständigen häufig prozeßentscheidend. Bei der Vorbereitung des Gutachtens kann ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen Richter und Sachverständigem entstehen, das sich aus der Unterschiedlichkeit der medizinisch-naturwissenschaftlichen und der juristischen Denkweise ergibt.

Als unabhängiges Beweismittel hat der Sachverständige gegenüber dem Beschuldigten keinerlei Zwangsbefugnisse. Er ist ebenso wie die Strafverfolgungsorgane an § 136a StPO gebunden. Eingriffe und Untersuchungen darf er nur in dem Umfang durchführen, wie sie vom Richter gem. §§ 81, 81a StPO angeordnet worden sind. Vor Beginn einer Untersuchung hat er den Beschuldigten analog §§ 136, 163a StPO auf sein Schweigerecht hinzuweisen. Er muß diesem ferner seine prozessuale Stellung offenlegen, um ein Vertrauensverhältnis im Sinne des § 300 StGB nicht entstehen zu lassen.

Aus § 80 StPO ergibt sich, daß dem Sachverständigen kein eigenes Vernehmungsrecht zusteht. Aufgrund seiner prozessualen Stellung sind ihm eigene Ermittlungen zur Tataufklärung grundsätzlich untersagt. Dafür steht ihm im Rahmen einer richterlichen Vernehmung des Beschuldigten ein umfassendes Fragerecht zu. Bei einer nachfolgenden Untersuchung des Beschuldigten darf er diesem lediglich ergänzende Fragen über den Tathergang stellen, sofern er diese Angaben unbedingt für sein Gutachten benötigt und sie nicht durch Anregung einer richterlichen Vernehmung erlangen kann. Auf diese Rechtslage hat der Richter den Sachverständigen gem. § 78 StPO hinzuweisen.

Es ist dem Sachverständigen verboten, sich durch selbständige Zeugenbefragungen weitere Aufklärung zu verschaffen. Das gilt entgegen der h.M. auch für "vorbereitende Befragungen". Der Sachverständige hat sich strikt an § 80 zu halten.

Um bei dem Sachverständigen das Aufkommen von "kriminalistischem Verfolgungseifer" zu verhindern, ist bei der Gewährung von Akteneinsicht seitens des Gerichts oder der StA Zurückhaltung zu üben. Auch sollte der im Vorverfahren hinzugezogene Sachverständige nicht gleichsam "automatisch" zum gerichtlichen Sachverständigen bestellt werden.

Im Rahmen von Glaubwürdigkeitsuntersuchungen sind dem Sachverständigen psychologische Tests erlaubt, mit gewissen Vorbehalten auch projektive Testverfahren. Dabei ist durch vorherige richterliche Belehrung des zu Untersuchenden die Freiwilligkeit der Mitwirkung zu gewährleisten. Der Sachverständige ist auch befugt, auf dem Weg des § 80 den Lebenslauf und die persönlichen und sozialen Verhältnisse des Probanden zu erforschen. Untersagt werden muß ihm jedoch im Gegensatz zu der Auffassung vor allem der Rechtsprechung die "Exploration zur Sache" mit "Abdrängungs- und Belastungsversuchen", da es sich dabei um unzulässige Vernehmungstätigkeit des Sachverständigen handelt.

Eine Lösung des Konflikts zwischen den Interessen des Sachverständigen an möglichst ausgedehnten Ermittlungen zur Vorbereitung des Gutachtens und den verfahrensrechtlichen Beschränkungen seiner Tätigkeit läßt sich nicht durch eine Berufung des Sachverständigen auf die Richterbank herbeiführen. Durch die Einführung eines Schuldinterlokuts könnte aber dem im zweiten Verfahrensabschnitt benötigten Sachverständigen eine freiere Stellung eingeräumt werden. Eine in diesem Abschnitt mögliche flexible Handhabung des Beweisrechts würde die Tätigkeit des Sachverständigen erleichtern.

Das Fehlen der nach § 81c StPO notwendigen Belehrung durch den Richter oder der dem Sachverständigen obliegenden Belehrung analog § 136 StPO kann ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen. Hat der Sachverständige unzulässige eigene Ermittlungen angestellt, so kann er von dem Angeklagten wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Der abgelehnte Sachverständige darf über die den Ablehnungsgrund bildenden Tatsachen nicht als Zeuge vernommen werden.

2. Aus diesen Einzelergebnissen läßt sich feststellen, daß dem Sachverständigen grundsätzlich eigene Ermittlungen zum Tathergang und selbständige Zeugenbefragungen untersagt sind. Seine prozessuale Stellung bewirkt, daß er keine irgendwie geartete Vernehmungstätigkeit entfalten darf. Die sich daraus ergebenden Beschränkungen müssen zur Wahrung der Justizförmigkeit und Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens hingenommen werden.

Insgesamt soll keiner verminderten Tätigkeit von Sachverständigen im Strafverfahren das Wort geredet werden. Es muß lediglich bei Glaubwürdigkeitsfragen vor einer übermäßigen Heranziehung von Sachverständigen gewarnt werden. Daß Sachverständige nur deshalb zugezogen werden, um das Urteil "revisionssicher" [1] zu machen ist ein unerfreulicher Zustand und führt zu einer Überlastung der guten forensischen Sachverständigen. Die Revisionsgerichte sollten dem Rechnung tragen und die Anforderungen hinsichtlich der Notwendigkeit des Sachverständigenbeweises nicht überspannen. Nicht in jedem Fall ist die Hilfe eines Sachverständigen erforderlich. Im Einzelfall sollte die eigene Sachkunde des Richters als ausreichend angesehen werden. Das Urteil BGHSt 7, 82, in dem der BGH bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Kinderaussagen fast ausnahmslos die Hilfe eines Sachverständigen gefordert hatte, ist ein Beispiel dafür, wie die zu weit gehende revisionsgerichtliche Forderung

---

1) vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen von Jessnitzer, JVBl 70, 79

nach dem Sachverständigenbeweis eine übermäßige Heranziehung von Sachverständigen zur Folge haben kann.

Die aufgezeigten Schranken der Sachverständigentätigkeit sind keine Gewähr dafür, daß es in Zukunft keine Übergriffe übereifriger Sachverständiger mehr geben wird, wie auch die strenge Vorschrift des § 136a StPO vereinzelte Übergriffe der Polizei nicht verhindert hat. Die hier vorgeschlagene Lösung könnte aber dazu führen, daß der Sachverständige sich mehr auf seine eigentlichen Aufgaben als Sachverständiger beschränkt und sich weniger als Hilfsorgan der Strafverfolgungsbehörden zur Überführung des Angeklagten sieht.

L e b e n s l a u f

Geboren bin ich am 12. Juli 1949 in Münden. Mein Vater Gerhard Kraft ist Kreisbauoberamtmann, meine Mutter Ruth, geb. Unger, Hausfrau. Von 1955 bis 1959 besuchte ich die Volksschule in Münden, danach das Gymnasium, an dem ich am 15.6.1967 die Reifeprüfung ablegte. Im Wintersemester 1967/68 und im Sommersemester 1968 studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Zum Wintersemester 1968/69 setzte ich das Studium an der Universität Göttingen fort. Am 26. Mai 1972 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle. Seit dem Wintersemester 1972/73 bin ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Juristischen Seminar der Universität Göttingen tätig. Am 1.2.1974 habe ich mit dem juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Celle begonnen.

Ich bin verheiratet und habe zwei Kinder. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.